



Government
of Canada

Gouvernement
du Canada

CA1
IA
-2011
A11



Aboriginal Consultation and Accommodation

Updated Guidelines for Federal Officials
to Fulfill the Duty to Consult

March 2011

Canada 

Information contained in this publication or product may be reproduced, in part or in whole, and by any means, for personal or public non-commercial purposes, without charge or further permission, unless otherwise specified.

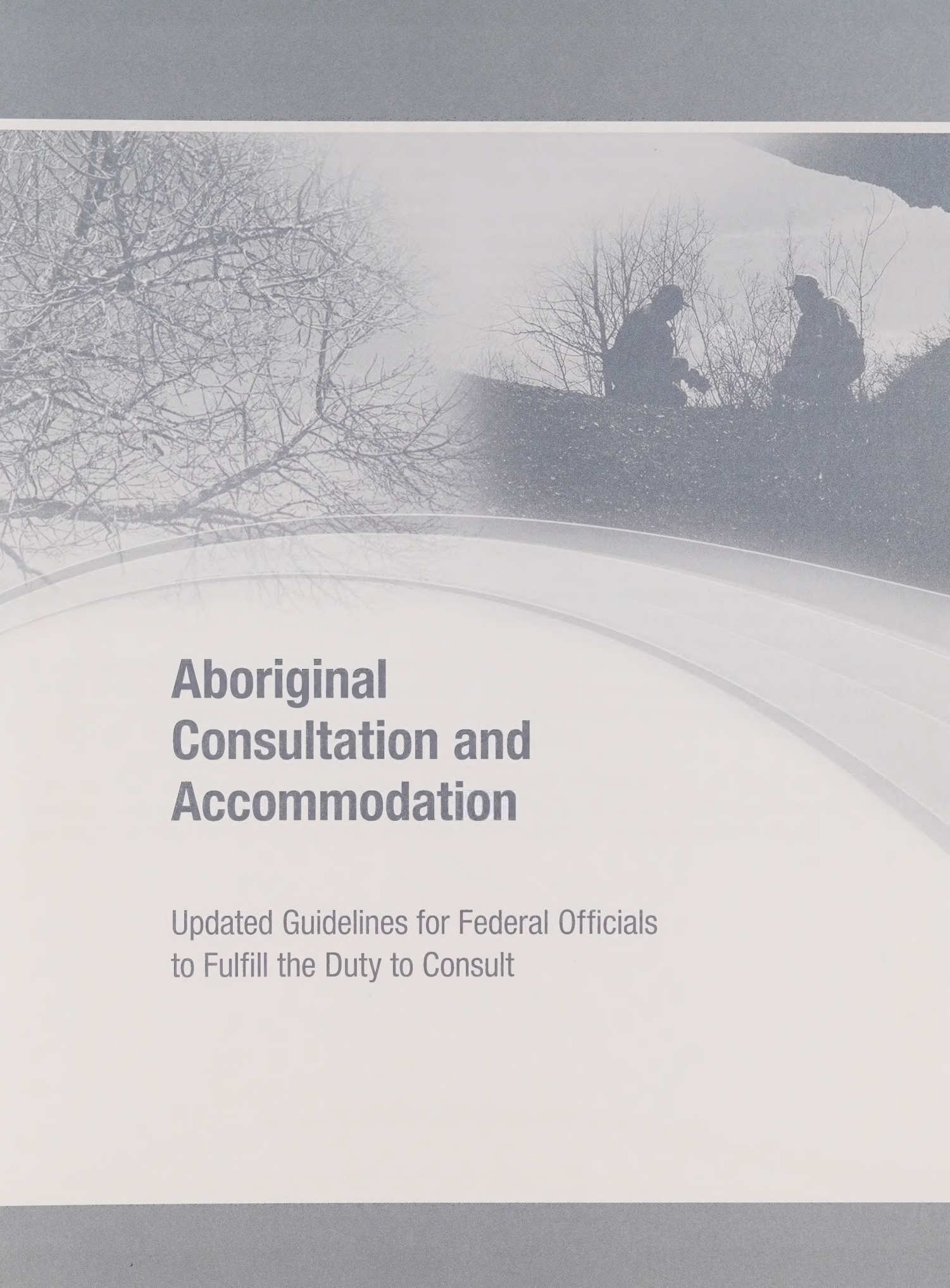
You are asked to:

- Exercise due diligence in ensuring the accuracy of the materials reproduced;
- Indicate both the complete title of the materials reproduced, as well as the author organization; and
- Indicate that the reproduction is a copy of an official work that is published by the Government of Canada and that the reproduction has not been produced in affiliation with, or with the endorsement of the Government of Canada.

Commercial reproduction and distribution is prohibited except with written permission from the Government of Canada's copyright administrator, Public Works and Government Services of Canada (PWGSC). For more information, please contact PWGSC at: 613-996-6886 or at: droitdauteur.copyright@tpwgs-pwgsc.gc.ca


www.ainc-inac.gc.ca
1-800-567-9604
TTY only 1-866-553-0554

QS-7105-001-BB-A1
Catalogue No. R3-111/2011
ISBN 978-1-100-52510-5



Aboriginal Consultation and Accommodation

Updated Guidelines for Federal Officials
to Fulfill the Duty to Consult



Digitized by the Internet Archive
in 2022 with funding from
University of Toronto

<https://archive.org/details/31761115563611>

EXECUTIVE SUMMARY

In the Haida and Taku River decisions in 2004, and the Mikisew Cree decision in 2005, the Supreme Court of Canada held that the Crown has a duty to consult and, where appropriate, accommodate when the Crown contemplates conduct that might adversely impact potential or established Aboriginal or Treaty rights. The Court explained that the duty stems from the Honour of the Crown and the Crown's unique relationship with Aboriginal peoples.

To demonstrate Canada's commitment to address issues of Aboriginal consultation and accommodation, a federal Action Plan was announced in November 2007. The Consultation and Accommodation Unit was established within Indian and Northern Affairs Canada in early 2008 to implement the Action Plan. Some of the accomplishments of the Action Plan were the release of the February 2008 Interim Guidelines, the training provided to over 1700 federal officials across the country, the engagement with Aboriginal communities and organizations, provinces and territories and industry representatives and the development of tools to support officials in their consultation and accommodation activities.

In more recent decisions, the Court further explained that: the duty to consult is a constitutional duty; applies in the context of modern treaties; officials must look at treaty provisions first; and where treaty consultation provisions do not apply to a proposed activity, a "parallel" duty to consult exists. The Court has also clarified, that depending on their mandate, entities such as boards and tribunals may also play a role in fulfilling the duty to consult; that high level

strategic decisions may now trigger the duty to consult; and, that the duty applies to current and future activities and not historical infringements.

The Interim Guidelines have been updated with the collaboration of federal departments and agencies. This document reflects evolving case law and engagement with Aboriginal organizations and communities, provinces and territories and industry representatives. A key element of the Updated Guidelines is the Guiding Principles and Consultation Directives which provide clearer direction on the government-wide responsibility of departments and agencies to fulfill the duty to consult. The Updated Guidelines focus on the increased need for policy leadership, coordination and collaboration, federal accountability, strengthening partnerships and strategic and practical guidance, training and support. These new or enhanced elements demonstrate the progress made by the federal government to address consultation and accommodation issues.

Departments are responsible for integrating the Guiding Principles and Directives within their own day-to-day activities. The Updated Guidelines also reference the Consultation Information Service and the Aboriginal and Treaty Rights Information System and other tools developed to assist officials in determining the scope and nature of consultations.

Additional information can be found on the INAC Consultation and Accommodation Unit web site: <http://www.ainc-inac.ca/ai/arp/cnl/ca/index-eng.asp>

TABLE OF CONTENTS

PART A – OVERVIEW

I	Introduction	6
II	Common Law Duty to Consult	7
III	Government's Response	8
IV	Context across Canada	9
	1. Historical and Geographical	9
	2. Legal	9
	3. International	10
V	Updated Consultation Guidelines	11
VI	Guiding Principles and Consultation Directives	12

PART B – GETTING READY FOR CONSULTATION AND ACCOMMODATION

I	Roles and Responsibilities	18
	❖ Federal Departments and Agencies	18
	❖ Provinces and Territories	18
	❖ Aboriginal Groups	19
	❖ Third Parties	19
II	Developing a Departmental or Agency Approach to Consultation and Accommodation	21
	1) Identify Crown conduct in relation to the duty to consult	21
	2) Assess potential adverse impacts of departmental and agency activities	21
	3) Identify potential or established Aboriginal or Treaty rights and related interests	22
	4) Develop a departmental or agency approach to consultation and accommodation	22
	5) Coordinate with partners, and/or rely on other consultation processes	25
III	Organizing your Department or Agency for Consultation and Accommodation	30
	1) General considerations	30
	2) Organizational, financial and human resources considerations	30
	3) Training considerations	31
	4) Engaging Justice counsel in the consultation and accommodation process	32

PART C – STEP-BY-STEP GUIDE TO CONSULTATION AND ACCOMMODATION

Introduction	36
Phase 1: Pre-Consultation Analysis and Planning	37
Step 1: Describe and ‘map out’ the proposed Crown conduct	37
Step 2: Identify potential adverse impacts of Crown conduct	37
Step 3: Identify which Aboriginal groups are in the area of the proposed Crown conduct and ascertain their respective potential or established Aboriginal or Treaty rights and related interests	38
Step 4: Make an initial determination as to whether there is a duty to consult	40
Step 5: Assess the scope of the duty to consult and, where appropriate, accommodate	42
Step 6: Design the form and content of the consultation process	44
Step 7: Ensure that a records management and filing system is in place	51
Phase 2: Crown Consultation Process	52
Step 1: Implement the consultation process	52
Step 2: Document, catalogue and store all Crown consultation meeting records and other correspondence	53
Step 3: Develop and maintain an issues management tracking table	53
Step 4: Adjust the consultation and accommodation process, as necessary	53
Phase 3: Accommodation	54
Step 1: Gather and analyze information supporting the basis for accommodation	55
Step 2: Identify possible accommodation measures and options	55
Step 3: Select appropriate accommodation options	56
Step 4: Communicate and document selected accommodation measures	56
Phase 4: Implementation, Monitoring and Follow-Up	57
Step 1: Communicate and implement the decision(s)	57
Step 2: Monitor and follow-up	57
Step 3: Evaluate the consultation process	57

ANNEXES

Annex A: Definitions	62
Annex B: Legal Case Summaries	64

PART A

Overview

I INTRODUCTION

The Government of Canada consults with Canadians on matters of interest and concern to them. Consulting is an important part of good governance, sound policy development and decision-making. Through consultation, the Crown seeks to strengthen relationships and partnerships with Aboriginal peoples and thereby achieve reconciliation objectives. In addition to pursuing policy objectives, the federal government consults with Aboriginal peoples for legal reasons. Canada has statutory, contractual and common law obligations to consult with Aboriginal groups. The process leading to a decision on whether to consult includes a consideration of all of these factors and their interplay.

The Updated Guidelines provide practical advice and guidance to federal departments and agencies in determining when the duty to consult may arise and how it may

be fulfilled, as described by the Supreme Court of Canada in the *Haida*, *Taku River* and *Mikisew Cree* decisions (See Annex B Legal Case Summaries).

The Guidelines are informed by Canada's understanding of the legal parameters of the duty and provide policy-based guidance to assist officials in their efforts to effectively incorporate consultations and, where appropriate, accommodation into government activities and processes.

The Guidelines are divided into three parts: Part A – Overview; Part B – Getting Ready for Consultation and Accommodation; Part C – Step-by-Step Guide to Consultation and Accommodation. Part C includes a detailed list of questions and considerations to assist departments and agencies when managing their consultation and accommodation activities.

Good governance/ Policy Reasons

- ❖ Make informed and appropriate decisions
- ❖ Create and improve working relations with all those affected
- ❖ Address new business and policy developments

Legal Reasons

- ❖ S. 35 Common law requirements
- ❖ Statutory requirements
- ❖ Agreements/Contractual requirements

II COMMON LAW DUTY TO CONSULT

The common law duty to consult is based on judicial interpretation of the obligations of the Crown (federal, provincial and territorial governments) in relation to potential or established Aboriginal or Treaty rights of the Aboriginal peoples of Canada, recognized and affirmed in section 35 of the *Constitution Act*, 1982. The duty cannot be delegated to third parties.

Section 35 of the *Constitution Act*, 1982 provides that:

- (1) *The existing aboriginal and treaty rights of the aboriginal peoples of Canada are hereby recognized and affirmed.*
- (2) *In this Act, “aboriginal peoples of Canada” includes the Indian, Inuit and Métis peoples of Canada.*
- (3) *For greater certainty, in subsection (1) “treaty rights” includes rights that now exist by way of land claims agreements or may be so acquired.*
- (4) *Notwithstanding any other provision of this Act, the aboriginal and treaty rights referred to in subsection (1) are guaranteed equally to male and female persons.*

In the *Haida* and *Taku River* decisions in 2004, and the *Mikisew Cree* decision in 2005, the Supreme Court of Canada (SCC) held that the Crown has a duty to consult and, where appropriate, accommodate when the Crown contemplates conduct that might adversely impact potential or established Aboriginal or Treaty rights. This duty has been applied to an array of Crown actions and in relation to a variety of potential or established Aboriginal or Treaty rights.

In these decisions, the SCC determined that the duty to consult stems from the Honour of the Crown and the Crown’s unique relationship with Aboriginal peoples. The Court explained that it will look at how the Crown manages its relationships with Aboriginal groups and how it conducts itself when making decisions that may adversely impact the rights recognized and affirmed by section 35. In the more recent decisions of *Rio Tinto* and *Little Salmon Carmacks* the Court has further explained that the duty to consult is a constitutional duty that invokes the Honour of the Crown and that it must be met. The context will inform what is required to meet the duty and demonstrate honourable dealings.

The duty to consult and, where appropriate, accommodate is part of a process of fair dealing and reconciliation that begins with the assertion of sovereignty by the Crown and continues beyond formal claims resolution through to the application and implementation of Treaties. The Crown’s efforts to consult and, where appropriate accommodate Aboriginal groups whose potential or established Aboriginal or Treaty rights may be adversely affected should be consistent with the overarching objectives of reconciliation.

Reconciliation has two main objectives: 1) the reconciliation between the Crown and Aboriginal peoples and; 2) the reconciliation by the Crown of Aboriginal and other societal interests. Consultation and accommodation play a key role in the fulfillment of these two objectives.

As the consultation and accommodation processes are being developed and implemented, the Crown will be guided by principles that have emerged from the case law and from government consultation practices. The Guiding Principles and Consultation Directives set out below highlight how these key principles may be applied in the planning and design of government activities (Refer to Part A, Section VI of the Updated Guidelines).

III GOVERNMENT'S RESPONSE

The courts have generally left to government the detailed exercise of implementing processes that seek to fulfill the duty to consult. An awareness of the duty and a consideration of when and how it might apply must become part of the government's daily business. A wide array of consultation practices exist and are being implemented by federal departments and agencies across the country to better fulfill the duty to consult and, where appropriate, accommodate. Examples include consultations with Aboriginal groups that occur within the context of environmental assessments and regulatory processes as well as separate consultation activities undertaken in relation to specific projects and agreed to processes set out within treaties.

Since 2004, the federal government has been engaging in dialogue with First Nations, Inuit and Métis communities and organizations as well as provinces, territories and industry representatives to address key consultation and accommodation issues. Discussions have focussed on the scope of the duty, what constitutes meaningful consultation, capacity to participate in a consultation process, Crown coordination, consultation guidelines and protocols, accommodation, and the reconciliation of the evolving duty with other legal obligations to consult such as statutory requirements and provisions in comprehensive land claim agreements and self-government agreements.

An Action Plan on consultation and accommodation was announced in November 2007 led by Indian and Northern Affairs Canada (INAC) and Justice Canada. A

Consultation and Accommodation Unit was established within INAC in early 2008 to implement Canada's Action Plan on consultation and accommodation. Interim Consultation Guidelines were released in February 2008 and related training has been provided to over 1700 federal officials across the country.

Within INAC, a Consultation Information Service and an information system on the location and nature of potential and established Aboriginal and Treaty rights has been created to provide baseline information to federal officials. As well, the Regional Consultation Coordinators within INAC will act as liaison between federal departments, provincial and territorial governments and Aboriginal organizations and communities to facilitate relationships on key consultation files and to ensure that Canada's interests are addressed.

Guiding Principles and Directives have been developed to further guide federal officials in implementing the duty and are included in the Updated Guidelines. Initiatives to better integrate Aboriginal consultation with environmental assessments and regulatory processes were also undertaken, including in relation to major natural resources and infrastructure projects.

These elements of Canada's approach to consultation and accommodation are being expanded upon and others will continue to be developed over time to enable the Crown to fulfill the duty in a more consistent, coherent, and efficient way across the federal government.

IV CONTEXT ACROSS CANADA

Consultation with First Nations, Métis and Inuit communities must be understood in the broader context of the evolving relationship between Aboriginal Peoples and the Crown.

Departmental and agency approaches to consultation should integrate, to the extent possible, the fulfilment of consultation obligations with departmental policy objectives and with other overarching government policy objectives. For example, in pursuing reconciliation objectives, Canada continues its efforts to improve its relationship with Aboriginal peoples. This includes through its historic apology in 2008 to former students of the residential school system, the subsequent establishment of the Truth and Reconciliation Commission and the recent Apology for relocation of Inuit families to the High Arctic. These important steps build on progress that has been made in negotiating Aboriginal self-government and land claims agreements; and, partnership approaches to economic development, education, health and other issues.

The development of a federal approach to consultation and accommodation is not intended to be a one-size-fits-all approach. Differences in history, geography, demographics, governance, relationships and other circumstances of Aboriginal communities and organizations in Canada are relevant when considering how to address any consultation obligations that may arise. Thus, understanding the historical, geographic and legal context relevant to Crown activities is essential. Differences in contexts can require different approaches to fulfilling the duty to consult and, where appropriate, accommodate.

1. Historical and Geographical

The application of common approaches to consultation and, where appropriate, accommodation across the country must be reconciled with the fact that potential or established Aboriginal or Treaty rights vary in both scope and content. Such rights vary depending on the historical presence of Aboriginal groups, including the historical relationship

between particular Aboriginal communities and between the Aboriginal communities and the Crown, in different areas of the country. For example, Aboriginal communities may be signatories to historic treaties, comprehensive land claim agreements, and self-government agreements or be claiming many different kinds of Aboriginal rights and overlapping territories.

Issues addressed in consultation are specific to the location and nature of the activity. Consultation procedures and approaches must be adapted to address the different kinds of rights and Crown obligations that are at issue. There is significant variability across the country.

For example, in British Columbia and Quebec, there are a few Treaties but many overlapping assertions of Aboriginal rights and title, when compared with the Peace and Friendship Treaties in the Maritimes and the historic Treaties in Ontario and in the Prairie provinces. This landscape differs from the modern Treaties in the territories, northern B.C., and in James Bay, some of which contain specific consultation provisions.

2. Legal

In addition to the common law duty to consult, there are a number of other legal reasons for the Crown to consult with Aboriginal groups, including specific requirements to consult that are set out in statutes and regulations as well as provisions in land claim agreements, self-government agreements and consultation agreements.

It is important to identify the legal source of potential consultation obligations as this will inform and guide what is required in the particular context, including the interplay between these other legal reasons to consult with Aboriginal groups and the common law duty. Departments and agencies should work with their counsel to understand what legal considerations are relevant to their activities.

3. International

On November 12, 2010 Canada issued a Statement of Support endorsing the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous peoples (Declaration), an aspirational document, in a manner fully consistent with Canada's Constitution and laws. The Declaration describes a number of principles such as equality, partnership, good faith and mutual respect. Canada strongly supports these principles and believes that they are consistent with the Government's approach to working with Aboriginal peoples.

However, Canada has concerns with some of the principles in the Declaration and has placed on record its concerns with free, prior and informed consent when interpreted as a veto. As noted in Canada's Statement of Support, the Declaration is a non-legally binding document that does not change Canadian laws. Therefore, it does not alter the legal duty to consult. A copy of Canada's statement of support, along with other materials, can be found at: <http://www.ainc-inac.gc.ca/index-eng.asp>

V UPDATED CONSULTATION GUIDELINES

The Interim Guidelines were developed to provide direction to federal departments and agencies when assessing the common law requirements for consultation and, where appropriate, accommodation with Aboriginal groups, including how to prepare for meaningful consultations.

Since the release of the Interim Guidelines in February 2008, much has been learned about consultation and accommodation which is reflected in these Updated Guidelines. Changes to the Guidelines have been informed by developments in the case law and engagement with Aboriginal organizations and communities, provinces and territories and industry representatives. Discussions and information-sharing during training sessions held with federal officials across the country have also contributed to these changes.

This updated edition provides a more detailed step-by-step guide to consultation and accommodation. It also stresses the importance for departments and agencies to prepare, in advance, to effectively carry out their consultation and accommodation responsibilities by developing a departmental or agency wide approach instead of addressing consultation files simply on a case by case basis.

The evolution of case law and federal policy development combined with “lessons learned” and best practices from within and outside the federal government will continue to influence the content of the Guidelines, which will evolve over time. As part of this ongoing process, departments

and agencies need to continue reviewing their Aboriginal consultation and accommodation approaches to ensure that they are consistent with the Guidelines and with evolving legal and policy developments.

In many instances, departments and agencies have developed departmental or agency specific policies or guidelines to support their officials in handling consultation files. The implementation of these Guidelines is a step towards greater consistency in federal practices and approaches.

The objective of the Guidelines is to provide an approach to consultation and accommodation that:

- ❖ acknowledges and respects the Crown’s unique relationships with Aboriginal peoples;
- ❖ promotes reconciliation of Aboriginal and other societal interests;
- ❖ integrates consultation into government day-to-day activities, e.g. environmental and regulatory processes;
- ❖ reconciles the need for consistency in fulfilling the Crown’s duty to consult with the desired flexibility, responsibility and accountability of departments and agencies in determining how best to do so; and
- ❖ fosters better relations between the federal government and Aboriginal peoples, provinces, territories, industry and the public.

VI GUIDING PRINCIPLES AND CONSULTATION DIRECTIVES

As part of its on-going efforts to better address Aboriginal consultation and accommodation, the federal government approved the following *Guiding Principles* and *Consultation Directives* which will guide federal officials in their efforts to address the duty to consult and, where appropriate, accommodate.

The Government of Canada consults with First Nation, Métis and Inuit people for many reasons, including: statutory and contractual; policy and good governance; and the common law duty to consult. The Supreme Court of Canada affirmed, in a number of landmark decisions, such as *Haida* (2004), *Taku River* (2004) and *Mikisew Cree* (2005) that the Crown has a duty to consult when three elements are present:

- ❖ Contemplated Crown conduct;
- ❖ Potential adverse impact; and
- ❖ Potential or established Aboriginal or Treaty rights recognized and affirmed under section 35 of the *Constitution Act, 1982*.

GUIDING PRINCIPLE NO. 1

The Government of Canada, in carrying out its activities, will respect the potential or established Aboriginal or Treaty rights of First Nation, Métis and Inuit people by consulting with Aboriginal groups whose rights and related interests may be adversely impacted by a proposed Government of Canada activity.

Consultation Directive

The Government of Canada, in its consultation with Aboriginal groups, seeks to identify potential adverse impacts of federal activities on potential or established Aboriginal or Treaty rights and related interests and find ways to avoid or minimize these adverse impacts. If there is information available or that becomes available during the planning or implementation of the proposed activity about potential adverse impacts on potential or established rights exercised by an Aboriginal group in the area of an activity, federal officials must undertake the appropriate consultations.

Government actions that may adversely impact Aboriginal and Treaty rights can include decisions with respect to a pipeline that may affect wildlife movement, supply and access; decisions with respect to pollution from construction or use that may affect flora or animal populations; change in regulation or policy that may restrict land use; federal life cycle of land management that may affect legal obligations and relationships with Aboriginal groups; or decisions with respect to use of natural resources that may limit supply and use by Aboriginal groups.

Officials from federal departments and agencies can gather information on Aboriginal and Treaty rights assertions in their proposed activity area by accessing the following resources at all stages of a consultation and accommodation process:

- ❖ Officials within your department or agency;
- ❖ The Consultation Information Service, which includes the Aboriginal and Treaty Rights Information System, at INAC – this service provides a single point of access to information on Aboriginal and Treaty rights assertions held by INAC. The information includes contact information for Aboriginal groups and their leadership, information on multipartite agreements, historic Treaties, comprehensive land claim agreements, self-government agreements, Treaty Land Entitlement agreements, comprehensive and specific claims and other assertions;

- ❖ Aboriginal groups in the area of your activity with which your department or agency has relationships;
- ❖ INAC's Consultation Information Service, Treaties and Aboriginal Government and the Department of Justice, which can assist with more detailed assessments of complex situations, overlapping claims to lands or resources, title, etc.; or,
- ❖ Other government departments and agencies, provinces, territories and industry with which your department or agency has relationships.

GUIDING PRINCIPLE NO. 2

The Government of Canada will assess how proposed federal activities may adversely impact on potential or established Aboriginal or Treaty rights, Aboriginal groups and their related interests. As part of this assessment, the Government of Canada will identify when consultation should form part of their operations and ensure that consultations are initiated early in the planning, design or decision making processes.

Consultation Directive

Departments and agencies must assess their activities, policies and programs that may adversely impact potential or established Aboriginal or Treaty rights and related interests. Based on this review, federal officials will ensure that appropriate consultation activities with Aboriginal groups are carried out. Key departments involved in Aboriginal consultation should develop a consultation approach that is responsive to the needs of the department or agency and reflects its operational realities. This approach should build from the guidance set out in the Updated Guidelines.

GUIDING PRINCIPLE NO. 3

Early consultations will assist the Government of Canada in seeking to identify and address Aboriginal concerns, avoid or minimize any adverse impacts on potential or established Aboriginal or Treaty rights as a result of a federal activity and assess and implement mechanisms that seek to address their related interests, where appropriate.

Consultation Directive

Federal officials must be able to demonstrate in decision making processes that Aboriginal concerns have been addressed or incorporated into the planning of proposed federal activities. As such, early discussions with the Aboriginal groups who may be adversely impacted by a federal activity are crucial. It is possible that there could be multiple Aboriginal groups impacted by a proposed activity, therefore they should be part of the consultation process.

GUIDING PRINCIPLE NO. 4

Consultation and accommodation will be carried out in a manner that seeks to balance Aboriginal interests with other societal interests, relationships and positive outcomes for all partners. A meaningful consultation process is one which is:

- ❖ *carried out in a timely, efficient and responsive manner;*
- ❖ *transparent and predictable;*
- ❖ *accessible, reasonable, flexible and fair;*
- ❖ *founded in the principles of good faith, respect and reciprocal responsibility;*
- ❖ *respectful of the uniqueness of First Nation, Métis and Inuit communities; and,*
- ❖ *includes accommodation (e.g. changing of timelines, project parameters), where appropriate*

Consultation Directive

The Government of Canada and its officials are required to carry out a fair and reasonable process for consultations. A meaningful consultation process is characterized by good faith and an attempt by parties to understand each other's concerns, and move to address them. Federal officials can begin a consultation process by applying the Updated Guidelines in concert with any tools, policies or guidelines developed by their department or agency. Federal officials, during a consultation process, must reasonably ensure that Aboriginal groups have an opportunity to express their interests and concerns, and that they are seriously considered and, wherever possible, clearly reflected in a proposed activity. Aboriginal groups also have a reciprocal responsibility to participate in consultation processes.

The Government of Canada will conduct consultation activities, in a timely and efficient manner, including, when appropriate, the development of a consultation plan and the provision of relevant information to Aboriginal groups, to inform and support decision-making processes. Federal officials must seek to develop processes that move beyond a project-by-project approach to consultation and move towards one that facilitates the inclusion of Aboriginal perspectives, timely decision making, integrates with and strengthens regulatory processes and promotes economic benefits for all Canadians.

GUIDING PRINCIPLE NO. 5

The Government of Canada recognizes that Aboriginal consultation is a Crown responsibility that flows from Government activities. The Government of Canada will ensure that a lead federal department or agency is identified and made accountable for any consultation processes that may be carried out for federal government activities. Should a consultation process move a department or agency beyond their mandate, mechanisms will be in place to address additional issues raised in a consultation process.

Consultation Directive

To manage Aboriginal consultation and accommodation, the Government of Canada will facilitate efficient and effective cooperation among and within federal departments and agencies via senior federal official governance structures which will assign a lead in a consultation process where the lead is not clear. When consultation and accommodation activities move a department or agency beyond their identified mandate, memorandum of understanding and other processes will be developed to coordinate other departments and agencies and processes whose function and expertise can support an effective consultation process.

GUIDING PRINCIPLE NO. 6

The Government of Canada will use and rely on, where appropriate, existing consultation mechanisms, processes and expertise, such as environmental assessment and regulatory approval processes in which Aboriginal consultation will be integrated, to coordinate decision making and will assess if additional consultation activities may be necessary.

Consultation Directive

A whole of government approach for Aboriginal consultation will be used in the regulatory review process for major natural resource projects. Consultation will be integrated into environmental assessment and regulatory approval processes. To assist in this approach, each major project will have a Crown consultation coordinator, who will develop and use a consultation plan to integrate the activities of all departments throughout the environmental assessment and regulatory processes. The interdepartmental committee process and interdepartmental memoranda of understanding will assist in providing clarity to these issues. The Government of Canada may rely on, where possible, existing consultation mechanisms, processes and expertise (e.g. provincial or territorial government or industry consultations) to streamline decision making and will assess if additional consultation activities may be necessary.

Federal officials must align consultation processes to existing regulatory or legislative processes, to the extent possible. Officials should, however, consider that:

- ❖ issues that arise during the consultation may be beyond the mandate of the existing process therefore additional consultation activities may need to occur;
- ❖ the existing process must allow for appropriate, meaningful consultation; and,
- ❖ consultation may be required throughout the lifecycle of an activity, thus they must ensure that any existing process is appropriate for all stages of the activity.

GUIDING PRINCIPLE NO. 7

The Government of Canada will coordinate consultation and accommodation activities with its partners (e.g. Aboriginal groups, provinces, territories and industry). While the Crown cannot delegate its obligation, the Government of Canada will, where appropriate, use consultation processes and accommodation measures carried out by its partners to assist it in meeting its commitments and responsibilities.

Consultation Directive

The Government of Canada and its officials can rely on its partners, such as Aboriginal groups, industry and provinces and territories, to carry out procedural aspects of a consultation process (e.g. information sessions or consultations with Aboriginal groups, mitigation measures and other forms of accommodation, etc.). The information collected during these processes can be used by the Government of Canada and its officials in meeting its consultation obligations.

GUIDING PRINCIPLE NO. 8

The Government of Canada will carry out its activities and related consultation processes in accordance with its commitments and processes involving Aboriginal groups. The Government of Canada will seek out opportunities to develop and maintain a meaningful dialogue with Aboriginal groups in support of building relationships with its partners.

Consultation Directive

The Government of Canada, in carrying out consultation processes, must act in accordance with its existing commitments and processes (e.g. Treaties, Treaty land entitlement agreements, settlements and consultation agreements). Federal officials need to inform themselves and be aware of Canada's policy approach and legal commitments to Aboriginal groups and how these commitments and processes may be aligned with department and agency consultation processes. Federal officials should also seek to develop positive, long-term relationships with Aboriginal groups. These positive relationships and the dialogue that results from them will assist the federal government in moving forward on future activities.

PART B

Getting Ready for Consultation and Accommodation

I ROLES & RESPONSIBILITIES

Federal Departments and Agencies

An effective consultation process requires collaboration with Aboriginal groups and coordination and cooperation within the federal government and with other jurisdictions and stakeholders, as appropriate.

The Crown as a whole must fulfill its duty to consult and, where appropriate, accommodate. In turn, each federal department or agency must support the Crown's efforts in meeting this obligation. To do so, departments and agencies must assess the consultation requirements that relate to their respective activities and develop approaches to consultation and accommodation that will allow the Crown as a whole to meet its duty. Some departments and agencies may have existing processes and/or mandates which may assist in fulfilling the duty.

Coordination between the relevant federal departments and agencies is essential to ensure that the Crown is responsive and able to relate effectively with the Aboriginal groups involved. Limitations on the mandate of any one department, agency or other federal entity will not limit what is required of the whole Crown in the circumstances (Refer to Guiding Principle and Directive # 5).

The designation of a lead department, agency or committee is recommended to oversee and track all consultation efforts and the issues raised by Aboriginal groups. The lead will follow up with relevant departments and agencies to ensure that they take appropriate action in relation to any consultation processes that may be carried out for federal government activities. The lead will also act as the federal point of contact for Aboriginal groups, industry representatives and various stakeholders.

As mentioned in Guiding Principle and Directive # 6, in seeking to ensure that its obligations towards Aboriginal groups are satisfied, Canada will use and rely on, where appropriate, existing consultation mechanisms, processes and expertise, such as environmental assessments

and regulatory approval processes that allow it to gather information and address issues raised by Aboriginal groups.

Agencies, boards, commissions and tribunals, including the National Energy Board (NEB) and the Canadian Nuclear Safety Commission (CNSC) have a role to play in assisting the Crown in discharging, in whole or in part, the duty to consult. The role to be played by any given board, commission or tribunal is determined by its statutory mandate or its terms of reference. More specifically, an ability to address questions of law and an ability to remedy or address consultation related issues will inform the role of such boards, tribunals and commissions in Crown consultation processes.

Departments with responsibilities for real property management such as disposal should be aware of Aboriginal interests in federal Crown land under their management. While decisions to dispose of federal Crown land is the most common trigger for a duty to consult in real property matters, there are other aspects of land management, such as access restrictions, management of burial sites and infrastructure. Guidance on this subject can be found in the Treasury Board Secretariat's *Guide to Real Property Management: Aboriginal Context* <http://www.tbs-sct.gc.ca/rpm-gbi/doc/grpmac-ggbica/grpmac-ggbica-eng.aspx>

Provinces and Territories

The Crown's duty to consult applies to provincial and territorial governments. Some have instituted their own Crown consultation processes, policies and guidelines for projects within their jurisdictions. Departments and agencies should look at provincial, territorial and community websites for additional information on provincial, territorial, regional or community-specific consultation agreements and protocols, processes and policies. They can also contact the INAC Regional Consultation Coordinator. Inquiries can be sent to CAU-UCA@ainc-inac.gc.ca

Guiding Principle and Directive # 7 speaks to Canada coordinating its consultation and accommodation activities with those of its partners (e.g. Aboriginal groups, provinces, territories and industry). For initiatives involving federal, provincial and territorial governments, opportunities to coordinate efforts between jurisdictions should be pursued to the maximum extent possible, to increase efficiency by minimizing duplication.

Departments and agencies are encouraged to develop long-term working relationships and processes rather than work together only on an *ad hoc* or case-by-case basis. Where both federal and provincial or territorial governments are involved in an activity, their consultation efforts should be coordinated. In some instances, Canada, with their agreement, may wish to use provincial or territorial consultation processes to fulfill, in whole or in part, its consultation obligations. Federal departments and agencies will need to assess these processes to ensure that they lead to a meaningful consultation and are capable of addressing matters related to federal activities.

INAC, on behalf of Canada, will engage with provincial and territorial partners to explore the potential for developing memoranda of understanding aimed at reducing duplication, working collaboratively, sharing information and improving collaboration on Aboriginal consultation. Consultation agreements with provinces/territories and First Nation, Métis or Inuit groups may also assist in addressing consultation and accommodation issues.

In 2007, federal, provincial and territorial Deputy Ministers Responsible for Aboriginal Affairs agreed to establish an ongoing information- and priority-sharing process on Aboriginal consultation and accommodation across their respective jurisdictions. The Federal/Provincial/Territorial working group has made real progress in relation to the duty to consult. Key areas that have been explored include: capacity, the duty to consult and the Métis, traditional land use studies as a tool to inform consultation processes, developing information repositories, coordination, inter-jurisdictional challenges and approaches to dealing with municipalities.

Aboriginal Groups

In keeping with court decisions on consultation, Guiding Principle and Directive # 4 makes it clear that First Nation, Métis and Inuit groups have a reciprocal duty to participate in reasonable processes and Crown efforts to consult and accommodate them. It is in the interest of all concerned parties to develop effective processes and agreements that reflect shared interests and contribute to a consultation process that creates clarity, certainty, trust and reliability. In that respect, the Crown may reasonably expect Aboriginal groups to:

- ❖ clearly outline in a timely manner any potential adverse impacts of the Crown activity, or that of a third party, on the nature and scope of their potential or established Aboriginal or Treaty rights and related interests;
- ❖ make their concerns known to the Crown and share any other relevant information that can assist in assessing the strength of their claim or the seriousness of any impacts on their potential or established Aboriginal or Treaty rights and related interests;
- ❖ attempt to resolve any issues with any other Aboriginal groups with overlapping claims and interests;
- ❖ attempt to reach a mutually satisfactory resolution to a particular situation;
- ❖ consider that they do not have a veto over the proposed project; that consultation may not always lead to accommodation or that there may not always be agreement on what accommodation measures may be appropriate.

Third Parties

All industry sectors seek predictable timelines, clarity on the respective roles of parties, certainty and criteria to determine the adequacy of consultation and accommodation. Industry representatives indicate that earlier government consultations at the federal, provincial and territorial levels would help to establish a transparent process for the proponent, Aboriginal communities and the Crown.

The Crown could discuss with industry proponents early in the process about the possibility and extent to which it may rely on the proponent's engagement with Aboriginal groups as part of the formal consultation and accommodation process. Creating this understanding early in the planning stages of a project could help to define each party's roles and responsibilities and expectations.

Third parties, such as proponents, do not have a legal obligation to consult Aboriginal groups. The Crown may delegate to the proponent such aspects of consultation as the gathering of information about the impact of the proposed project on the potential or established Aboriginal or Treaty rights. The Crown should clearly communicate what is expected of third parties to industry proponents, Aboriginal groups and various stakeholders. The role that a third party can play in carrying out consultation and accommodation processes should be incorporated into any Crown consultation plans and efforts. The information collected during these processes, for example, can be used by the federal government and its officials in its decision-making process.

Industry's overall relationship with Aboriginal groups, including its business practices, can assist the Crown's overall consultation and accommodation efforts. Industry proponents are often in the best position to accommodate an Aboriginal group for any adverse impacts on its potential or established Aboriginal or Treaty rights, for example, by modifying the design or routing of a project. Canada will seek to benefit from the outcomes of a third-party consultation process and any accommodation measures undertaken by third parties. However, the ultimate responsibility for consultation and accommodation rests with the Crown as the Honour of the Crown cannot be delegated.

There are some formalized processes for industry involvement in Aboriginal consultation such as in the case of oil and gas development in the Treaty 8 area within B.C.'s north-east. Ontario's new mining legislation includes measures to ensure that proponents consider Aboriginal consultation.

II DEVELOPING A DEPARTMENTAL OR AGENCY APPROACH TO CONSULTATION AND ACCOMMODATION

This section outlines how departments and agencies should prepare for consultation and accommodation and, building on the Updated Guidelines, develop a departmental or agency approach that assists the Crown in fulfilling the duty while supporting other departmental and agency objectives.

Creating an approach that is consistent with the Updated Guidelines allows departments and agencies to integrate Aboriginal consultation into their activities and ensures consistency in addressing consultation and accommodation issues (refer to Guiding Principle and Directive # 8). Such an approach can support the overall objective of reconciliation highlighted by the Supreme Court of Canada in decisions such as *Haida* and *Taku River*.

1) Identify Crown conduct in relation to the duty to consult

Crown conduct refers to the Crown's own activities, such as land disposal, park creation, infrastructure development, Treaty implementation, or to Crown activities and authorizations and permits for projects to be carried out by a third party. Refer to Guiding Principle and Directive # 1 for some examples of government actions that may adversely impact potential or established Aboriginal or Treaty rights.

The duty extends to "strategic, higher level decisions" that may have an impact on potential or established Aboriginal or Treaty Rights. These could include structural or organisational changes that reduce the Crown's oversight and decision-making ability.

By becoming familiar with their departmental or agency mandate and objectives and the related activities that may adversely impact on the rights of Aboriginal groups, departments and agencies will:

- a) be able to identify which of their activities, policies and programs may give rise to the duty to consult;

- b) be able to support a department or agency to support the consultation or accommodation activities of other departments or agencies whose Crown conduct has given rise to a duty to consult. This may apply even when their own activities do not give rise to a duty to consult.

See "Part C, Phase 2 – Crown Consultation Process" for a detailed list of questions for consideration.

2) Assess potential adverse impacts of departmental and agency activities

As highlighted in Guiding Principle and Directive # 3, by assessing, in advance, what might be the adverse impacts of their activities, departments and agencies can determine how these impacts could be avoided or mitigated and what related measures may be taken by the federal, provincial and territorial governments and/or industry.

Departmental and agency officials should anticipate the types of accommodation measures that may be needed to address the kinds of adverse impacts that their activities may have on potential or established Aboriginal or Treaty rights and related interests. This will help managers and officials prepare for consultation processes, as the department or agency will define, in advance, the role it can generally play in relation to accommodation, examine the potential role of other federal departments and agencies or other governments, the role of the proponent, the steps that can be taken by each, the approvals that may need to be sought, the authorities required, etc. See "Part C, Phase 3 – Accommodation" for more information on accommodation.

3) Identify potential or established Aboriginal or Treaty rights and related interests

Managers should be familiar with the nature and location of these rights in their respective regions so that they are able to anticipate how these rights may be adversely impacted by their Crown conduct. A departmental approach must also take into account the diversity of potential or established Aboriginal or Treaty rights in each region across Canada.

Canada's Treaty relationship with groups is an important consideration in assessing how to proceed with Crown conduct in a Treaty area. Departments and agencies will also need to obtain information about relevant Treaty land entitlement agreements, comprehensive land claims agreements, self-government agreements or negotiations in a region.

An Aboriginal group may also have interests related to its potential or established Aboriginal or Treaty rights that may be adversely impacted by the proposed Crown conduct. The Crown may, for policy reasons, seek to address these related interests. As a result of a consultation process, the Crown may determine that there is no duty to accommodate, however it may still choose, for policy reasons, to address a related interest that is expressed by the Aboriginal group in the context of the activity.

For example:

- a) An Aboriginal group may have an established hunting right that could be impacted by an activity and express a related interest in declaring a certain area of their traditional territory as a wildlife conservation zone to maintain a viable population of the wildlife.
- b) The Crown is implementing measures to mitigate an adverse impact on an Aboriginal right. It can decide at the same time to address an expressed related interest from the Aboriginal group for economic development funding to take part in the project.
- c) In the context of claims negotiations, an Aboriginal group expresses a related interest for federal lands that are being considered for disposal. After assessing any requirement to consult, the Crown may also choose to engage with the group for policy reasons.

4) Develop a departmental or agency approach to consultation and accommodation

The four previous steps lay the groundwork for the development of a departmental or agency approach to consultation and accommodation that is consistent with the Updated Guidelines and appropriate for the different types of activities of a department or agency. However, given the breadth of activities carried out by most departments, a departmental approach may have to include elements that would be specific to various programs and directorates.

Principle # 4 states that officials should seek to develop consultation processes that move beyond a project-by-project approach to a comprehensive approach that will support their officials when making case-specific decisions. Developing consultation processes that can be consistently applied is more effective than consulting on a one-off basis. Some existing consultation practices may already be in place within a region or department or agency and may offer a foundation upon which to build effective consultation processes.

The overall relationship between the Crown and an Aboriginal group will influence, and be influenced, by how consultation and accommodation issues are being addressed by each department and agency. Managers must keep an eye on the "big picture" as their department's handling of a consultation file may strengthen or weaken Canada's relationship with a particular First Nation, Métis or Inuit group, thereby influencing not only their own department's or agency's future dealings with that community, but also the future dealings of other departments and agencies.

Determine whether there are any statutes or regulations that require the department or agency to consult with Aboriginal groups in relation to their activities or consider traditional knowledge (such as provisions in the *Species at Risk Act*, *Canada National Parks Act*).

Determine whether there are contractual requirements to consult in relation to departmental and agency activities such as consultation agreements or consultation provisions in comprehensive land claim agreements.

It is the responsibility of departments and agencies to develop consultation processes that respect consultation agreements or modern Treaty obligations. There may be other agreements, such as interim measures

agreements or notification agreements, that contain guidance related to how the parties should be notified about Crown activities or how the parties can work together to resolve issues.

EXAMPLES OF CONSULTATION AGREEMENTS

Mi'kmaq/Nova Scotia/Canada consultation process – A province-wide consultation process was established as part of a larger tri-partite negotiations process dealing with Aboriginal and Treaty rights issues. Although the consultation process established therein is optional, the Parties hope that the Terms of Reference for a Mi'kmaq/Nova Scotia/Canada consultation will become the preferred choice for government departments and agencies whenever the duty to consult with the Mi'kmaq in Nova Scotia arises.

Algonquins of Ontario Consultation Process Interim Measures Agreement – In 2009, Canada, Ontario and the Algonquins of Ontario reached an agreement on consultation that sets out a means for Canada and Ontario to consult the Algonquins of Ontario and the ten Algonquin communities they represent on proposed activities or projects within the claimed territory while negotiations of an Agreement-in-Principle are ongoing to resolve the Algonquin land claim in eastern Ontario. For the Algonquins of Ontario, this process is coordinated by a new Algonquin consultation office (ACO).

Consultation Protocols with the Dene Tha' First Nation – In July 2007, as part of an out-of-court settlement to resolve the Dene Tha' First Nation's concerns related to the Mackenzie Gas Project (MGP), two consultation protocols were signed between Canada and the First Nation – one for the MGP and Connecting Facilities and the other (the Federal Authorization Consultation Protocol) for other projects where federal authorizations are required.

MODERN TREATIES

Some modern Treaties include consultation provisions in relation to Crown activities and officials must consult in accordance with the consultation terms of those Treaties. Implementing Treaties is a responsibility of the Crown as a whole.

The duty to consult operates in law independently from the terms of a Treaty and can therefore apply where Crown actions have the potential to adversely impact Treaty rights provided for under a Treaty or Modern Land Claims Agreements. However consultation can be shaped and even fully addressed by the terms of an agreement for specific situations where such is made clear. Therefore, the first step for federal officials is to determine whether there are relevant consultation provisions within the Treaty itself.

Departments and agencies should contact the Indian and Northern Affairs Canada Implementation Branch, Justice Canada and, in some cases, the INAC regional offices to obtain advice and assistance in developing approaches for consulting Treaty groups.

Treaties are an important part of the process of reconciliation and provide guidance for the on-going relationship of the Crown and Aboriginal groups.

Developing effective working relationships through networks and forums with Aboriginal communities as well as with other departments and agencies in the region, with provincial and territorial counterparts and with industry will, in the long run, assist federal managers and their officials in leading consultation and accommodation efforts.

Departments and agencies with the advice of INAC may also want to consider whether consultation agreements could support consultation activities. These arrangements between the Crown and Aboriginal groups can help to define roles and responsibilities, identify points of contact, determine timelines and steps to be followed and sometime address capacity needs. They can create clarity for the parties, and allow them to strengthen their relationship while making consultation more efficient.

Consultation agreements can facilitate the coordination of consultation processes that involve multiple departments and agencies (federal, provincial and territorial) and stakeholders. The INAC Regional Consultation Coordinators will explore and negotiate consultation arrangements and

protocols with Aboriginal groups and provinces and territories to achieve coordinated and efficient processes for Crown consultations.

Officials should assess whether provisions in land claim agreements or self-government agreements require that consultation take place in relation to legally binding international instruments. Second, officials must determine whether legislation requires Canada to consult on international instruments. Officials should seek legal advice, which will support the broader departmental or agency assessments and decision-making processes.

Federal horizontal policies

Horizontal policy objectives such as those related to Gender Equity, Sustainable Development and Official Language Minority Communities need to be considered during any interaction between Canada and Aboriginal peoples. These are Treasury Board policies that should be reflected in any activities, processes, programs and policies related to consultation and accommodation.

National Aboriginal Organizations such as the Native Women's Association of Canada, Pauktuutit and the Assembly of First Nations have created Culturally-relevant Gender-Based Analysis tools to promote fairness and equity of federal programs, services and processes directed at Aboriginal women and men. In the context of the engagement process on consultation and accommodation, Native Women's Association of Canada and Pauktuutit have examined Aboriginal consultation and accommodation using the Culturally-relevant Gender-Based Analysis lense and proposed some questions to be considered when preparing for consultations with Aboriginal communities such as:

1. At what stage of a consultation process should gender issues be considered? How can a Culturally-relevant Gender-Based Analysis be used to ensure adequate consideration of gender?
2. What should be the role of the Crown, if any, in ensuring that a consultation process and any ensuing agreements between a community and industry are inclusive of gender issues? How can this be achieved?
3. What questions and issues should the proponent and an Aboriginal community routinely consider in any consultation process to ensure that the perspective of both women and men are sought in the examination of the nature and extent of impacts on the community and options for addressing them?

5) Coordinate with partners, and/or rely on other consultation processes

Federal coordination and designation of lead

More than one federal department or agency may be involved in Crown conduct that requires consultation or may have a role in consulting or accommodating potential adverse impacts. It is important that all departments and agencies work collaboratively, as the Crown, to assess roles and responsibilities, manage the consultation process together and address accommodation, where appropriate (Refer to Guiding Principle and Directive # 5). To accomplish this, departmental or agency officials must:

- ❖ 'Map out' all elements of the Crown conduct, including all of the potential decisions; roles and responsibilities of the federal, provincial and territorial departments and agencies, boards and tribunals that may be involved; subject areas or focus of each entity; any limitations on timelines or mandates etc.;
- ❖ Determine which departments and agencies or provincial and territorial ministries may have responsibility to consult and, where appropriate, accommodate. Designate a federal lead department to coordinate with partners;
- ❖ Identify whether there are gaps that may need to be filled to address consultation and accommodation issues.

Further to Guiding Principles and Consultation Directives # 5 and # 6 in Part A, the Canadian Environmental Assessment Agency serves as the Crown consultation coordinator for major resource projects and comprehensive studies under the *Canadian Environmental Assessment Act*. This lead role is fulfilled in cooperation with federal departments and agencies who serve as responsible authorities and federal authorities under the *Act* as well as the Major Projects Management Office.

In cases where these existing processes are not sufficient to fulfill the Crown's duty to consult and additional consultation activities are required, the Agency, in collaboration with federal departments and agencies, should ensure that any additional consultation activities supplement but do not duplicate the environmental assessment and regulatory review processes.

The *Canadian Environmental Assessment Act* was amended in July 2010 to improve timeliness of federal environmental assessment, establish clear accountability and focus resources where they would produce the greatest benefit to the environment and the economy. For comprehensive studies under the *Act*, the Canadian Environmental Assessment Agency will exercise the powers and perform the duties and functions of a responsible authority, except for those regulated by the National Energy Board and Canadian Nuclear Safety Commission.

For projects which are subject to public review processes under the *National Energy Board Act* or the *Canadian Nuclear Safety Act*, the National Energy Board and the Canadian Nuclear Safety Commission processes are used. Supplementary Crown consultation activities may be required to address the concerns of Aboriginal communities that fall outside the mandate of the National Energy Board or the Canadian Nuclear Safety Commission processes.

Use of existing federal processes

The Courts have not required a separate process for Crown consultation where the assessment or review or regulatory, statutory or contractual process that is in place can provide a sufficient consultation process (e.g., *Taku River* – B.C.'s *Environmental Assessment Act* process as implemented was sufficient. By contrast, in the *Mikisew Cree* case, while the statutory requirements of the relevant Acts were all met, the involvement of the Aboriginal community in the public review process was found not to be sufficient). Where a board or tribunal is involved, legal advice as to what role it may play may be needed early on in the planning process. The Crown must be satisfied that it can or that it has, through these processes, fulfilled its duty to consult.

Consultation or accommodation issues can arise during an existing review process or assessment or during any regulatory, statutory or contractual process by a federal department or agency. Departments and agencies should consider whether any of these issues are beyond the mandate of the given process or of the responsible federal department or agency.

Consequently, additional consultation and accommodation activities may need to occur. Departments and agencies have the ultimate responsibility for identifying and filling any gaps that could prevent the Crown from fulfilling its duty. The consultation process must allow for meaningful consultation throughout the lifecycle of an activity and must be adaptable to all stages of the activity to allow federal officials to respond to any Aboriginal concerns, and if appropriate, accommodate any adverse impacts on potential or established Aboriginal or Treaty rights. (Guiding Principle and Directive # 6).

The environmental review process is generally viewed by Aboriginal groups and third parties (See Summary of Input from Aboriginal Communities and Organizations on Consultation and Accommodation) as the most effective method managed by the Crown to identify environmental effects of proposed activities and related changes. Officials should assess early in the planning stages for proposed activities whether reliance on existing processes such as environmental assessments will be sufficient to fulfill the duty. If not, the Crown's efforts may need to include additional consultation activities or further efforts to address accommodation, where appropriate.

Environmental assessment, regulatory decision making, and Aboriginal consultation

Canada takes a whole-of-government approach to Crown consultation. With respect to major resource projects (See definition below), and all projects that are assessed as Comprehensive Studies under the *Canadian Environmental Assessment Act*, this approach involves the federal Crown integrating its Aboriginal consultation activities into the environmental assessment and regulatory process to the greatest extent possible.

Note: A major resource project is defined as a large-scale resource project south of 60 that is subject to a comprehensive study, review panel, or a complex (or multi-jurisdictional) screening under the *Canadian Environmental Assessment Act*. Resource sectors typically include mineral and metal mining, oil sands development and processing, and energy generation and transmission.

This approach capitalizes on the strength of the federal environmental assessment and regulatory process to gather information about potential impacts of Crown conduct on Aboriginal and Treaty rights in a consistent and coordinated way. It enables the efficient use of departmental resources and facilitates effective communication and relationship-building with Aboriginal groups. The approach also supports ongoing Crown efforts to satisfy the duty to consult before federal decisions are made. There should be timely efforts to coordinate with provincial and territorial environmental assessment processes.

The whole-of-government approach typically begins once the Crown becomes aware of a proposed project for which Crown conduct may be contemplated (e.g. submission of a Project Description). This phase commences with an analysis of the project's potential adverse impacts in the geographic area in which Aboriginal groups could have rights. The scope of the consultation is determined by the severity of the adverse impacts and the strength of the claims and any other relevant considerations.

This analysis is intended to support the establishment of an appropriate consultation process and to inform the development of an Aboriginal consultation work plan. All Aboriginal groups identified for involvement in the environmental assessment process are contacted to inform them of the intended consultation approach. Aboriginal groups should have the opportunity to provide the Crown with information about their potential or established Aboriginal or Treaty rights and any adverse impacts of the proposed activity. As well, Aboriginal groups may be invited to participate in the Environmental Assessment project committee as a way of better integrating Aboriginal consultation into the Environmental Assessment process.

Where government is seeking to rely on an environmental assessment process for identifying, assessing and guiding consultations, it will be necessary to determine what kinds of Aboriginal concerns may be considered or addressed through that process and to what extent it can assist the Crown in discharging its duty.

Once the environmental assessment commences, the Crown should continue to consider and address the potential need to consult additionally and, where appropriate, seek to accommodate potential adverse impacts of the Crown conduct. Consultation obligations that cannot be fulfilled in the course of the environmental assessment are to be undertaken prior to any final regulatory decisions that are being issued for the project.

Prior to the completion of the environmental assessment process, the Crown determines whether or not it has, so far, honourably discharged its duty to consult. Outstanding issues are summarized and carried forward into the regulatory approvals phase, where appropriate consultation and/or accommodation may be considered by the suitable regulatory authorities.

The consultation process should then carry on to the end of the project life cycle, as the Crown has a responsibility to ensure that measures put in place to accommodate impacts to potential or established Aboriginal or Treaty rights and related interests, are implemented. Throughout the environmental assessment, an official Crown consultation record is created and maintained. The Major Projects Management Office keeps a centralized database while relevant federal departments and agencies keep the original documents of their consultations.

Beyond the duty to consult, there are other reasons for including Aboriginal groups in the environmental assessment process. These include obligations under the *Canadian Environmental Assessment Act* to consider “environmental effects,” including any change in the environment that affects the current use of lands and resources for traditional purposes by Aboriginal persons (s. 2 of the *Act*). Also, s. 16.1 of the *Act* provides the opportunity to include Aboriginal traditional knowledge in the environmental assessment. Finally, the federal government may have obligations relating to the environmental assessment under modern Treaties and self-government agreements.

Due to the complexity and size of major natural resources projects, the federal government has put in place the Major Projects Management Office to fulfill a Crown coordinating function.

Major Projects Management Office

The Major Projects Management Office (housed within Natural Resources Canada) was created in 2008 to provide a single point of entry into the federal regulatory system as well as to provide overarching management of the federal regulatory process for major resource projects in the provinces south of 60, in both operational and policy areas.

The Major Projects Management Office initiative was launched to foster a more accountable, efficient, transparent, and effective whole-of-government approach to the review of major resource projects in Canada. The Government’s initiative was targeted at providing additional capacity and expertise to key federal regulatory departments and agencies to enable these organizations to deliver their environmental assessment, regulatory and Aboriginal consultation responsibilities in a timely and predictable manner.

The primary role of Major Projects Management Office is to provide overall project management, accountability and policy leadership with respect to the performance of the overall regulatory system. Working collaboratively with federal departments and agencies, the Major Projects Management Office serves as a single window into the federal regulatory process, coordinating project agreements and timelines between federal departments and agencies and tracking the progress of major resource projects through the federal regulatory review process.

The Major Projects Management Office also oversees the implementation of the whole of government approach to Crown consultation on major resource projects. The Major Projects Management Office works closely with the Canadian Environmental Assessment Agency, Indian and Northern Affairs Canada and other federal departments and agencies to ensure that the federal government fulfills its consultation responsibilities for these projects in a consistent, adequate and meaningful manner.

Regional project-specific teams of federal and, where relevant, provincial officials are established on a project-by-project basis to ensure the consistent and coordinated delivery of any Crown consultation requirements. These teams are coordinated by the Canadian Environmental

Assessment Agency or other relevant environmental assessment manager (as Crown Consultation Coordinator) throughout the environmental assessment process. Crown reliance and oversight mechanisms have been established for National Energy Board projects under the Major Projects Management Office. The Canadian Nuclear Safety Commission takes on the Crown Consultation Coordinator role when it is a Responsible Authority. Once the environmental assessment phase has been completed, a lead federal department or agency may be assigned to carry out outstanding consultation requirements in respect of their regulatory decision-making responsibilities.

Northern Projects Management Office

The Northern Projects Management Office (NPMO) was established in September 2009 within the Canadian Northern Economic Development Agency (CanNor). The mandate of the Northern Projects Management Office is to provide government-wide leadership in developing a systematic approach for federal participation in the environmental assessment and regulatory review and approvals of northern projects.

The Northern Projects Management Office is responsible for federal coordination, project management, project tracking and coordination of consultations for northern projects in the three territories. It ensures the federal government meets its obligations to consult. Its main functions are to:

- ❖ provide clear direction and assistance to proponents regarding the regulatory review and consultation process;
- ❖ coordinate the work of federal regulatory departments and agencies during the environmental assessment and permitting phases;
- ❖ create and maintain a repository of Crown consultation records for projects that fall within its mandate.

For the purposes of Crown consultation the Northern Projects Management Office proposes to act as a coordinator or facilitator for northern projects that include all projects that undergo an environmental assessment, joint or panel review. Also included are smaller scale projects

that the Northern Projects Management Office considers to be of potential economic interest or complex projects that could benefit from the coordination of the Northern Projects Management Office.

Individual departments or agencies are responsible for determining which Aboriginal groups may be impacted by a project, for carrying out strength of claim assessments, for monitoring and evaluating the robustness of third party consultations and where required for undertaking targeted Crown consultations. As well, departments or agencies are responsible for accommodating, when appropriate.

The mandate of the Northern Projects Management Office in the territories complements the mandate of the Major Projects Management Offices in the provinces south of 60. However, because of the differences and complexities of the northern regulatory environment, the Northern Projects Management Office was established as a separate entity.

The Northern Projects Management Office is headquartered in Yellowknife, Northwest Territories, with staff in each of the other two territories. These regional offices coordinate the early engagement of all federal players in resource development, work with territorial governments and boards, and coordinate federal Aboriginal consultation efforts with relevant federal departments.

Use of existing provincial and territorial processes

In developing and implementing a departmental or agency approach, managers and their officials are encouraged to learn as much as possible about provincial and territorial approaches as set out in consultation policies, guidelines and practices with the view to better coordinating federal consultation and accommodation efforts with those of its provincial and territorial partners.

In the planning phase of any Crown conduct (See Part C, Phase 1 for a full list of pre-consultation activities), federal officials must assess the Aboriginal consultation requirements related to the conduct. The federal department or agency may be able to use provincial or territorial consultation processes to assist in fulfilling, in whole or in part, its consultation obligations.

Federal departments and agencies are encouraged to learn about any concurrent provincial or territorial conduct and relevant consultation processes and discuss how these processes might assist the Crown in meeting its consultation obligations.

A departmental approach might include details of how and when a provincial or territorial consultation process may be relied on to fulfill the federal Crown's duty.

Federal officials may consider the following factors:

- ❖ Can federal issues be discussed (e.g. fish habitat, migratory birds, safe and accessible waterways)?
- ❖ Will the federal, provincial or territorial process include meaningful participation of all Aboriginal groups whose involvement is required to fulfill the federal duty?
- ❖ What is the mandate of the provincial or territorial department or agency and are there any limits to it that could have an impact on consultation activities, specifically in the case of boards or commissions?
- ❖ Will federal departments and agencies need to anticipate additional consultation activities?
- ❖ Are there any accommodation measures that have been established within the provincial or territorial process on which the federal Crown could rely?

Memoranda of understanding may be in place with certain provinces or territories to guide how federal, provincial and territorial governments can work together on Aboriginal consultation.

Reliance on industry consultations

Where departments and agencies are responsible for approving third-party activity, Crown decision makers will need to determine the role that third parties, such as industry proponents, will play in relation to consultation and accommodation.

Departments and agencies will need to inquire about the following before they decide whether or not and to what extent they can rely on third party consultation:

- ❖ To what extent have the proponents consulted Aboriginal groups? With which groups have they consulted?
- ❖ Does the Crown have access to the consultation record to date?
- ❖ Are future consultations anticipated and what are the timelines?
- ❖ Should federal officials attend the consultation sessions and if so, what would be their role?
- ❖ What procedural aspects of the consultation is the Crown delegating, if any?
- ❖ Will there be a consultation record for future consultations and will the Crown have access to that record?

The Crown is ultimately responsible for ensuring that the duty to consult and, where appropriate, accommodate is fulfilled. Therefore, it will need to evaluate whether the proponent has adequately consulted with Aboriginal groups and whether further consultations are required to be undertaken by the Crown to fulfill its consultation obligations.

III ORGANIZING YOUR DEPARTMENT OR AGENCY FOR CONSULTATION AND ACCOMMODATION

This section identifies some issues to be addressed by managers to organize their department or agency for consultation and accommodation. This includes evaluating financial, human resources and training requirements, as well as assessing the need to involve Department of Justice counsel. Step-by-step tasks to be undertaken by managers and practitioners will be described in Part C.

1) General considerations

- ❖ Ensure that officials are adequately equipped with the appropriate tools, resources and training to carry out meaningful and reasonable consultation efforts in each case. The development of a departmental or agency approach will support them in addressing case-specific issues.
- ❖ Put into place a records management system and procedure to document and file agendas, meeting notes, correspondence, actions, decisions, and ensure that procedures are used consistently by officials. Recording in a consistent format and storing in an accessible and retrievable location all relevant consultation meeting records and correspondence with Aboriginal groups is important to ensure that a complete record of the process, the concerns raised and the efforts to address such concerns are documented. Where more than one department or agency is involved, departments and agencies are encouraged to use a central or shared document storage system, wherever possible.
- ❖ Ensure officials are aware that all meetings and correspondence are “on the record” to enable the Crown to rely on such information, if necessary, in court. Information provided to government may be subject to *Access to Information Act* requests. Therefore specific measures may be required before agreeing to any confidential or off-the-record discussions or treatment of documents. Consult Department of Justice Counsel before determining how discussions or particular materials exchanged in the course of the consultation process may be treated or classified.

2) Organizational, financial and human resources considerations

Throughout the development and implementation of Crown activities and any corresponding consultation processes, officials must ensure meaningful consultation such as: timely sharing of detailed information about the activity; providing support, as required, to Aboriginal groups to achieve the objective of meaningful participation in consultation processes; providing enough time for Aboriginal groups to assess adverse impacts and present their concerns, promoting discussion with communities about impacts and ways these can be avoided or mitigated, etc.

To achieve this, departments and agencies need to have access to financial, human and technological resources that can be used for consultation and accommodation activities. They must also identify what role could be played by other partners to support the fulfillment of the duty.

Departmental or agency approaches should take into account the following:

- ❖ Assessment of departmental and agency activities that may give rise to a duty to consult;
- ❖ Assessment of any potential adverse impacts of departmental and agency activities, the severity of impact and the strength of any potential or established Aboriginal or Treaty rights to determine the scope of the duty to consult and related consultation processes;
- ❖ Frequency of consultation-related activities;
- ❖ Assessment and documentation of resource requirements for Aboriginal consultation and accommodation activities. For example, departments and agencies should consider the cost implications for the participation of Aboriginal groups, which includes determining whether their program and financial authorities can assist them in funding Aboriginal consultation-related activities;

- ❖ Records management systems to document the consultation and accommodation process;
- ❖ Human resources required to plan, research, implement and monitor reasonable and meaningful consultation processes, namely a skilled, trained and informed staff;
- ❖ Other departmental and agency policies, programs, initiatives that may complement and support the fulfillment of the duty;
- ❖ Opportunities, through protocols or Memoranda of Understanding, for collaboration, relationship building and sharing costs of consultation and accommodation with other federal departments and agencies, provincial and territorial governments and industry, and opportunities to better integrate consultation processes;
- ❖ Internal and external communications related to consultation activities;
- ❖ Approval processes and procedures;
- ❖ Evaluation of consultation and accommodation activities undertaken;
- ❖ Existing financial authorities that can support internal or external consultation and accommodation related expenditures such as capacity funding to Aboriginal groups, where appropriate. For example, the Canadian Nuclear Safety Commission and the National Energy Board have participant funding programs to support Aboriginal consultation in the review of major energy projects. The Canadian Environmental Assessment Agency can provide funding in relation to projects that are assessed by a review panel or a comprehensive study under the *Canadian Environmental Assessment Act*. The Canadian Environmental Assessment Agency participant funding program includes an Aboriginal funding envelope to provide support to Aboriginal groups to assist them with regard to Aboriginal or public consultation activities;
- ❖ Financial resources at the disposal of the departments and agencies and opportunities to seek additional resources (e.g. Treasury Board submissions). For

example, federal officials can refer to legislation and to Treasury Board Secretariat guidelines on expenditures as well as departmental or agency-specific policies, directives, guidelines and practices; and,

- ❖ Other consultation-related needs such as dispute resolution processes.

In some instances, First Nation, Métis or Inuit groups may seek financial assistance to support their participation in the consultation process. Officials should first determine if there are other means available to support Aboriginal capacity to participate in the consultation process, for example, whether other partners are able to contribute to capacity funding or other forms of assistance to Aboriginal groups.

See “Part C, Phase II – Crown Consultation Process” for more details on ways to support meaningful consultation.

■ 3) Training considerations

Training of federal officials is critical to a consistent understanding and implementation of the duty to consult and, where appropriate, accommodate. It should:

- ❖ increase awareness and understanding of what the duty to consult, and accommodate entails;
- ❖ situate the duty to consult and accommodate in the larger context of the relationship between the Crown and Aboriginal peoples, including how the duty relates to other reasons to engage with Aboriginal groups;
- ❖ promote an understanding of the roles and responsibilities of the entities involved in the consultation process such as the Crown, Aboriginal groups and third parties;
- ❖ allow officials to understand how the duty to consult may apply in the context of their departmental or agency mandates and activities and how they can fulfill it;
- ❖ identify the specific implications of developments in case law, consultation policies and practices and the public environment for their departments and agencies and for the Crown as a whole;

- ❖ explain where officials can obtain information and practical tools that will support their consultation and accommodation activities;
- ❖ provide examples of best practices and opportunities for federal officials to share their experiences of implementing the duty to consult and accommodate;
- ❖ promote the development and efficient implementation of mechanisms for interdepartmental and intergovernmental coordination and collaboration; and,
- ❖ provide a basis for the development of common consultation approaches and practices within federal departments and agencies and across government.

Training on consultation and accommodation continues to be offered by the Consultation and Accommodation Unit of INAC in conjunction with the Department of Justice. Federal officials or their managers seeking more information on training or wishing to register for the training sessions may contact: consultation-sessions@ainc-inac.gc.ca

Various departments and agencies have also developed department and agency specific training on consultation and accommodation. For example, the Canadian Environmental Assessment Agency offers training on the integration of Aboriginal consultation into the environmental assessment process.

4) Engaging Justice counsel in the consultation and accommodation process

The Department of Justice is not responsible for conducting consultations or collecting the appropriate factual information regarding potential or established Aboriginal or Treaty rights and potential adverse impacts of an activity. However, the duty to consult is a legal obligation and raises a number of legal issues. Therefore, it is important to work closely with Justice when assessing if and how consultation may need to be incorporated into departmental or agency activities and approaches for identifying and addressing this duty.

In addition there will be situations where departments and agencies will need to engage counsel to assist in reviewing or advising on how best to do the various assessments discussed in Part C of these Guidelines. Justice provides an important advisory role to departments and agencies on the legal aspects of consultation policy choices, especially as it relates to consistency in legal advice across government and as the case law in this area continues to develop.

As departments and agencies become more familiar with the consultation requirements associated with their operations and build Aboriginal consultation and accommodation into their operations through these Guidelines as well as other policies and procedures, the need for legal advice on routine matters may decrease.

Remember:

- ❖ When identifying consultation requirements related to general departmental and agency activities or other factors that may influence consultation requirements, managers should seek their counsel's assistance. By keeping Justice informed at the outset about your approach to consultation and the nature of departmental activities, you may reduce the need for your officials to seek guidance from Justice late in the process or for every consultation process. It is also important to work with them to establish and maintain good record-keeping processes.
- ❖ Developing standard departmental and agency consultation approaches will reduce the need for advice on a case-by-case basis.
- ❖ Make sure that your officials gather all relevant information about their anticipated activities and related assessments as to how these activities may adversely impact potential or established Aboriginal or Treaty rights and related interests. Counsel will be available to review such assessments and provide advice based on the factual information provided.

- ❖ When your officials gather information and do their initial assessment of a situation, make sure they identify the legal issues and questions that may need to be answered. **Not everything is a legal question.** Your department could also benefit from prioritizing questions needing legal clarification on various files and from relevant departments and agencies working on a common consultation file, thereby streamlining requests for legal advice.
- ❖ In most instances, depending on the information gathered and the initial assessment made, departmental officials will be able to determine whether a duty is triggered and consultation is required. Identifying, in advance, which departmental activities may trigger a duty to consult will help officials more efficiently make case-specific initial assessments. As this question is a question of law, it will be assessed on a standard of correctness should this assessment be reviewed by a court.
- ❖ The information gathered by your officials from relevant sources such as others in the federal government, provincial and territorial governments, affected Aboriginal groups will allow them to 1) identify if their activities may adversely impact any potential or established Aboriginal or Treaty rights; 2) assess the severity of the potential adverse impact and the nature and/or strength of claims; 3) determine the appropriate approach and scope of consultation required; and 4) develop a reasonable approach to consultation. Counsel could assist in ensuring that a statement of a government's intentions and planned undertakings is reasonable and appropriate from a legal perspective.
- ❖ Officials will need to seek counsel's advice to answer specific legal questions such as how to address title and exclusive use claims, treaty interpretation, sufficiency of Crown responsiveness, gaps in regulatory or environmental assessment processes, linkages to litigation or negotiations files and other novel legal questions.
- ❖ Departments need to do a preliminary assessment of a claim and determine whether groups in the area have raised any concerns regarding the activity or notified the Crown that any activities in a given territory require consultation. Justice can assist in the determination of whether that Crown or third party activity requires consultation and assist in addressing new or novel claims that raise new legal or policy issues that may arise with new kinds of proposed activities or in the course of consultation processes.
- ❖ Assess whether a more detailed strength of claim analysis from Justice or other appropriate experts or other key legal analysis are warranted in the circumstances and plan accordingly (baseline information to provide to Justice, delay to obtain analysis, costs, etc.).
- ❖ Justice does not make decisions on how departments and agencies should carry out their mandates and activities. Legal advice will complement the broader departmental or agency assessments and decision-making processes which will include good governance and other policy considerations.
- ❖ Departments and agencies should keep their counsel informed of their adverse impact assessments for their various activities. As well, departments and agencies can seek Justice advice on their consultation approaches and plans, consultation records, consultation adequacy assessments and accommodation measures that are being considered.
- ❖ Where appropriate, discuss document disclosure and the creation and maintenance of a record of the consultation with your counsel.
- ❖ Where appropriate, seek counsel's advice when assessing the implementation of an activity and determining whether adjustments are required.

PART C

Step-by-step Guide to Consultation and Accommodation

INTRODUCTION

Part C provides a step-by-step, chronological guide for federal officials when fulfilling the Crown's duty to consult and, where appropriate, accommodate. The same basic steps are appropriate for consultation for good governance and other policy reasons.

Crown activities that may trigger the duty vary and therefore the consultation and accommodation approach taken may vary as well. The steps, tips and factors outlined below will apply to a wide variety of government conduct. Such conduct may involve, for example, management of federal real property (e.g. the disposal of a federal building or a change in the use of federal lands). It may also involve government approvals and authorizations for an activity proposed by a third party (e.g., issuance of licenses, permits, authorizations for the use of lands or resource extraction).

Officials can use this step-by-step guide when developing and implementing their overall departmental or agency approach to consultation and accommodation (See Part B).

Depending on the circumstances, a process for consultation and accommodation with Aboriginal groups may involve up to four phases. The following sections will discuss each phase and provide guidance on the steps to consider in each one. Where there is more than one federal department or agency or other government(s) involved, the steps should be carried out collaboratively.

The positive relationships that departments and agencies develop with Aboriginal groups over time and the resulting dialogue will assist the federal government to implement the following phases.

PHASE 1: PRE-CONSULTATION ANALYSIS AND PLANNING

The departmental or agency approach to consultation and accommodation (See Part B) will be useful in this phase. As early as possible, officials need to assemble information to assess whether the Crown has a duty to consult, the scope of that duty, and how to design a consultation process. Officials will first need to assess the potential adverse impacts of the proposed Crown conduct and then determine if there are any potential or established Aboriginal or Treaty rights in the area of the activity that may be adversely affected.

Step 1: Describe and “map out” the proposed Crown conduct

The first step involves describing the contemplated Crown conduct such as a Crown activity or an approval of a third party activity and determining which department or agency is responsible for the conduct. In their departmental or agency consultation and accommodation policy approaches or assessments, departments and agencies should have already identified activities, policies, programs or strategic, higher level decisions that may give rise to a duty to consult (See Part B).

Departments and agencies should identify other federal departments and agencies and other orders of government that may be involved in the activity, including the decisions they are responsible for making and any regulatory, statutory and other program timelines that may apply. Where multiple departments and agencies are involved, a lead department must be identified and the contact information communicated to the relevant departments and agencies and to Justice.

Some questions to consider at this step include:

- ❖ What is the nature of the proposed Crown conduct? For example a) Crown activity such as the construction of a building, the creation of a park, the disposal of Crown land; b) Crown authorization of a third party project, issuance of a permit; c) other Crown activity that enables the project to proceed such as funding; d) strategic higher level decisions such as structural or organizational changes that reduce the Crown’s oversight and decision-making ability.

- ❖ What is the purpose of the initiative?
- ❖ What are the details of the project? What is the project’s geographic scope? Identify all of its components. Is there more information that is needed to fully understand the project?
- ❖ Where the proponent is a third party, has it provided a detailed project description?
- ❖ What are the key decisions to be made and related timelines?
- ❖ Are there any maps of the project site and surrounding areas?
- ❖ What other departments and agencies and other orders of government, corporation(s), or authorities are involved? Who is responsible for authorizing the project or carrying it out?
- ❖ Have Aboriginal groups in the area raised concerns about the proposed activity or any other activities (in the past/present)?

Step 2: Identify potential adverse impacts of Crown conduct

Officials must anticipate the potential adverse impacts of the proposed activity. The nature and severity of adverse impacts depends on a variety of factors including: the scope and size of the activity, its environmental effects, and whether the impact is permanent or temporary.

Officials must determine whether the current Crown conduct in question may have an adverse impact on potential or established Aboriginal or Treaty rights. Where departments and agencies are responsible for approving third-party activity, a detailed understanding of the nature and scope of that activity will assist Crown officials to anticipate its potential adverse impacts.

Where adverse impacts are uncertain, it is important to identify those groups whose potential or established Aboriginal or Treaty rights may be impacted. Early engagement with them regarding the proposed activity will enable them to articulate any concerns they may have about the

activity. This provides officials with time to adequately assess potential adverse impacts, and identify measures to avoid or mitigate such impacts (Guiding Principle and Directive # 3).

Questions and issues for consideration include:

- ❖ What is the likely or potential impact of the activity on the land, water and resources? If there are any impacts, what changes to the current condition or use of lands, water or resources are likely to occur as a result of the activity? Are these changes significant?
- ❖ Are departmental or agency officials aware of any communication from groups which are raising concerns about the particular activity or similar activities in the area?
- ❖ Have any groups notified Canada of any concerns about the proposed activity and suggested any remedial measures that may accommodate the adverse impacts on their rights? Discussing accommodation options with the relevant decision-makers as early as possible in the consultation process will allow federal officials to discuss them appropriately with Aboriginal groups later in the process.
- ❖ Does the activity involve lands or resources that are currently the subject of treaty negotiations or are part of existing comprehensive land claim agreements or self-government agreements?
- ❖ Are the potential adverse impacts you've identified likely to be of a temporary or permanent nature?
- ❖ Have any environmental or other assessments of the proposed activity been carried out? Have any environmental or other assessments been undertaken for similar activities in the vicinity of the proposed activity? If so, what adverse impacts on rights are revealed, if any, by these assessments?
- ❖ Are there any other activities occurring in the same area? Is this activity likely to have any cumulative effects in combination with other activities in the same or surrounding area?

In the design or planning stages of contemplated Crown conduct, in the federal environmental assessment process and throughout the consultation process, managers and

officials need to identify measures that could be implemented to avoid or mitigate potential adverse impacts of the project on potential or established Aboriginal or Treaty rights and related interests.

The Courts have emphasized the need for flexibility and responsiveness; for an ability and willingness to adjust the activity in question; to provide options for addressing the interests and concerns raised in the course of consultations; and to do so in good faith. It is also important to be clear and explain the limits to what changes can be made to the proposed activity. In the end, the Crown must demonstrate that it sought to reconcile Aboriginal concerns with other societal interests and that its consultation process was carried out with a view to reconciliation.

Step 3: Identify which Aboriginal groups are in the area of the proposed Crown conduct and ascertain their respective potential or established Aboriginal or Treaty rights and related interests

To assess whether the proposed Crown conduct will have any potential adverse impacts on potential or established Aboriginal or Treaty rights in the area(s), officials must gather information about those specific rights. These may include the right to hunt, fish, trap, gather and trade and may either be established by a court or in a Treaty, or may be asserted by an Aboriginal group, for example, in litigation or for the purpose of Treaty negotiations.

Where Aboriginal rights are asserted, the Crown must make a preliminary assessment as to whether there is a credible basis for such claims and compare their assessment with the information gathered through consultation with Aboriginal groups. In the event that the proposed activity may have adverse impacts on the rights of Aboriginal groups living in the area, learn more about the potential or established Aboriginal or Treaty rights in question such as: what are their traditional practices; when and where were these practices historically carried out; are these practices still carried out today; where, by what means, and at what time of the year?

Departments and agencies are encouraged to obtain and to share, internally and with other federal departments and agencies, information about the potential and established

rights of Aboriginal groups in various regions of the country. The exchange of regional information will help officials to anticipate potential adverse impacts on rights, and plan proposed federal activity in such a way as to avoid or mitigate those impacts.

Information about potential or established Aboriginal or Treaty rights across the country will also help officials to design and tailor their consultation approach and could support broader departmental or agency priorities to establish and maintain long-term working relationships with First Nation, Métis and Inuit groups.

Keep in mind that even if only one department or agency is aware of an asserted right, the federal Crown as a whole (i.e. every department and agency) is deemed to have knowledge of it. The Crown and its officials are also deemed to know about established Aboriginal and Treaty rights.

Managers must ensure officials can obtain relevant information on potential or established Aboriginal or Treaty rights and related interests, which includes having access to the Aboriginal and Treaty Rights Information System and the Consultation Information Service at INAC.

Aboriginal and Treaty Rights Information System

The Aboriginal and Treaty Rights Information System is an electronic system that will bring together information on the location of Aboriginal communities and information pertaining to their potential or established Aboriginal or Treaty rights. It is a web-based application that leverages Geomatic Information System technology to geo-reference electronic data that is stored in existing INAC databases.

The purpose of the Aboriginal and Treaty Rights Information System is to display this information using one system and to make it available to federal officials. It will display baseline information on First Nation, Métis and Inuit communities. The Aboriginal and Treaty Rights Information System has the ability to display maps to assist federal officials to locate information on communities, claims, Treaties and litigation. The Aboriginal and Treaty Rights Information System may evolve over time to include information from other federal sources.

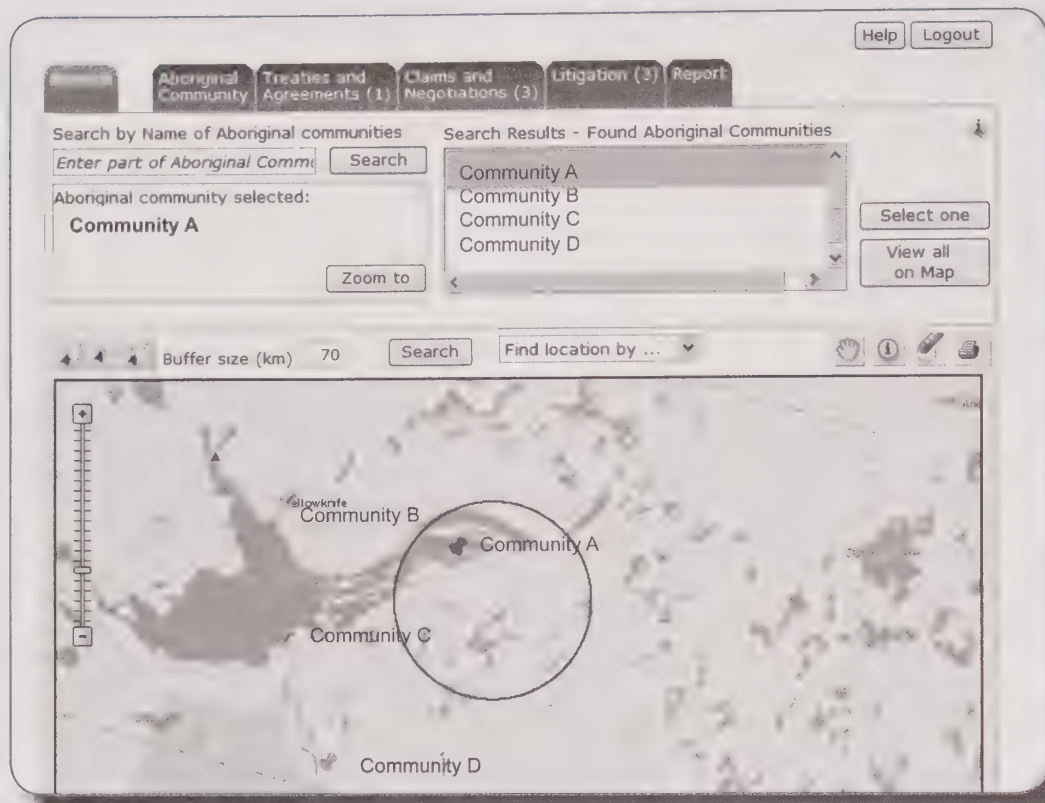
Consultation Information Service

The Consultation Information Service of INAC – which will be responsible for the Aboriginal and Treaty Rights Information System – provides a single point of access for other government departments and external stakeholders, particularly those which do not have access to the Aboriginal and Treaty Rights Information System or require additional INAC information on potential or established Aboriginal or Treaty rights in Canada.

The Consultation Information Service will provide contact information for Aboriginal groups and their leadership, information on multipartite agreements, historic and modern Treaties and their provisions, comprehensive and specific claims, litigation and other assertions. Queries regarding specific projects can be sent to: cau-uca@ainc-inac.gc.ca. Officials will first seek information through the Aboriginal and Treaty Rights Information System before sending queries for additional information to the Consultation Information Service.

Other sources of information include:

- ❖ departmental and agency records on Aboriginal claims asserted in litigation, in negotiations, or through prior consultation or other transactions with the department;
- ❖ the INAC Regional Consultation Coordinators should be contacted to assist in the coordination of consultation efforts as they may be aware of on-going or contemplated consultation processes;
- ❖ information provided by proponents to departments and agencies and specific boards and tribunals involved in the decision making process;
- ❖ traditional Use Studies, for example, those prepared in the context of Environmental Assessments and in land disposal contexts;
- ❖ colleagues who have worked with or consulted with Aboriginal groups in the area;
- ❖ the databases and records of other government departments and agencies, provinces and territories;
- ❖ the websites and information of Aboriginal groups;



- ❖ records of consultations between federal, provincial or territorial, industry and Aboriginal groups;
- ❖ court websites (federal, provincial and territorial) listing decisions, proceedings on Aboriginal and Treaty rights assertions and interpretation of potential and established rights; and,
- ❖ press coverage and public statements, in which Aboriginal groups have asserted rights, expressed concerns and proposed desired outcomes.

Federal officials must gather all relevant information. Justice can then assist with legal issues that may arise in an assessment of the strength of the claim, overlapping claims, and assertions of rights and title. Justice counsel can also advise on the appropriate consultation approach when the Crown is involved in litigation or negotiations with an Aboriginal group with whom the Crown may also need to consult.

Step 4: Make an initial determination as to whether there is a duty to consult

Next, an initial assessment of the information gathered in Steps 1, 2 and 3 must be undertaken to determine whether or not there is a common law duty to consult. This information will also lay the groundwork for determining, in Step 5, the extent of the duty and, in Step 6, an appropriate consultation process.

Three factors are required to trigger the common law duty to consult:

- (1) There is a proposed Crown conduct;
- (2) The proposed Crown conduct could potentially have an adverse impact on potential or established Aboriginal or Treaty rights; and
- (3) There are potential or established Aboriginal or Treaty rights in the area.

For a duty to consult to exist, all three factors must be present.

$$\text{CROWN CONDUCT} + \text{POTENTIAL TO ADVERSELY IMPACT ON RIGHTS} + \text{EXISTENCE OF POTENTIAL OR ESTABLISHED ABORIGINAL OR TREATY RIGHTS} = \text{DUTY TO CONSULT}$$

The threshold to determine if a duty is triggered is low. The objective of the duty is to ascertain if conduct that is being contemplated by the Crown may adversely impact potential or established Aboriginal or Treaty rights before any adverse impacts are caused. To do so will require knowledge of the rights that may be affected by departmental or agency specific activities and a process for discussing any potential concerns early in the planning phases and decision making process.

Departments and agencies can seek Justice's advice when determining whether such a duty exists. For good governance and other policy reasons, your department or agency may decide to consult regardless of whether there is a duty, and this approach should be expressed to the Aboriginal groups being consulted.

(i) No Duty to Consult

The initial analysis indicates that there is no duty to consult. For example:

- ❖ There is no Crown conduct;
- ❖ No adverse impact is anticipated;
- ❖ No credible basis to support a claim;
- ❖ The claim does not include Treaty rights or activities or practices that could meet the test for Aboriginal Rights.

It is important to remember that the threshold to assert a credible claim to Aboriginal rights, informed by the need to maintain the Honour of the Crown, is not high. While the existence of a potential claim is essential, proof that the claim will succeed is not. The courts have consistently stated that the Crown must adopt a generous and purposive approach when assessing whether it has a duty to consult.

The department or agency may want to communicate its determination to the Aboriginal group. If the Aboriginal group brings forward new evidence supporting a claim or if they provide new information on potential adverse impacts, then the Crown must re-examine its determination that there is no duty to consult.

(ii) Uncertainty about the Duty to Consult

Where it is uncertain from the initial analysis whether the proposed Crown conduct is likely to have adverse impacts on potential or established Aboriginal or Treaty rights, the Crown may wish to verify the results of their initial analysis with the Aboriginal group.

Further discussions about the potential adverse impacts of the proposed Crown conduct on their potential or established Aboriginal or Treaty rights and related interests as well as the nature and basis for those rights and interests may assist the Crown when determining whether there is a duty to consult and what role, if any, consultations may play in the planning of the proposed activity.

If it is uncertain whether a duty to consult exists, officials must consider whether there are other legal reasons or policy considerations for consulting.

(iii) A Duty to Consult Exists

If the analysis indicates that the proposed Crown activity may adversely impact potential or established Aboriginal or Treaty rights, the Crown has a duty to consult and, where appropriate, accommodate.

Step 5: Assess the scope of the duty to consult and, where appropriate, accommodate

The scope of the consultation and any appropriate accommodation will be informed by the strength of the claim and the severity of adverse impacts on potential or established Aboriginal or Treaty rights. A number of factors should be considered.

Where rights have been established (e.g. in a Treaty or where a court has found an Aboriginal right), a strength of claim assessment is not usually necessary and a more extensive consultation process is generally required.

Where potential rights are claimed, the scope of consultation will need to be proportionate to the seriousness of the potential adverse impact(s) of the proposed Crown conduct and the strength of the potential Aboriginal right(s) claimed (See Figures 1 and 2 below).

Determine the level of seriousness of the potential adverse impact on the right(s), as depicted in Figure 1 below, keeping in mind that re-assessment may be required as the consultation process proceeds and new information comes to light.

Figure 1

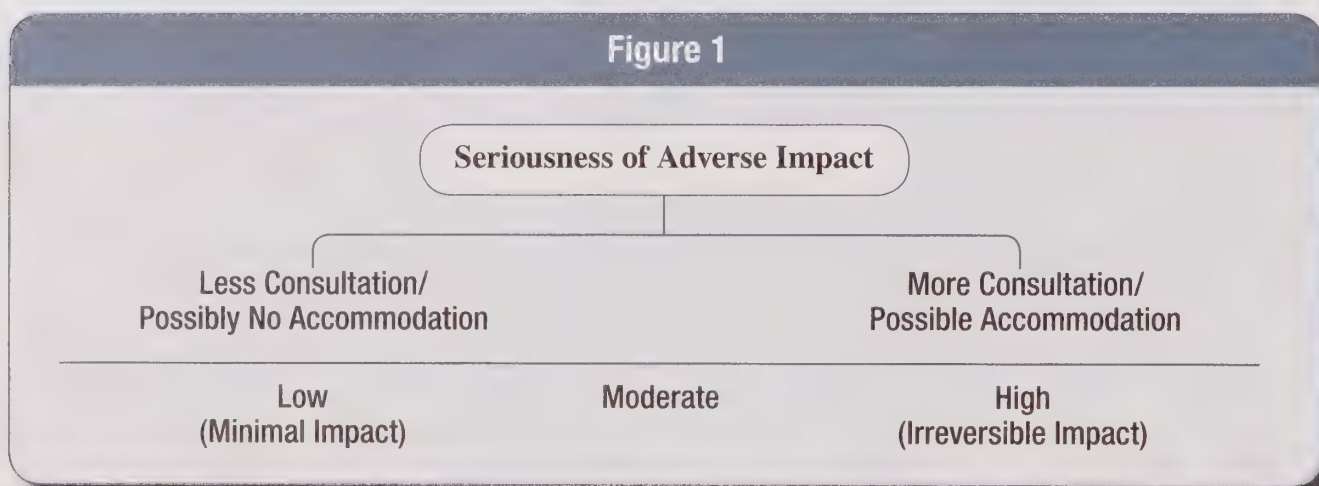
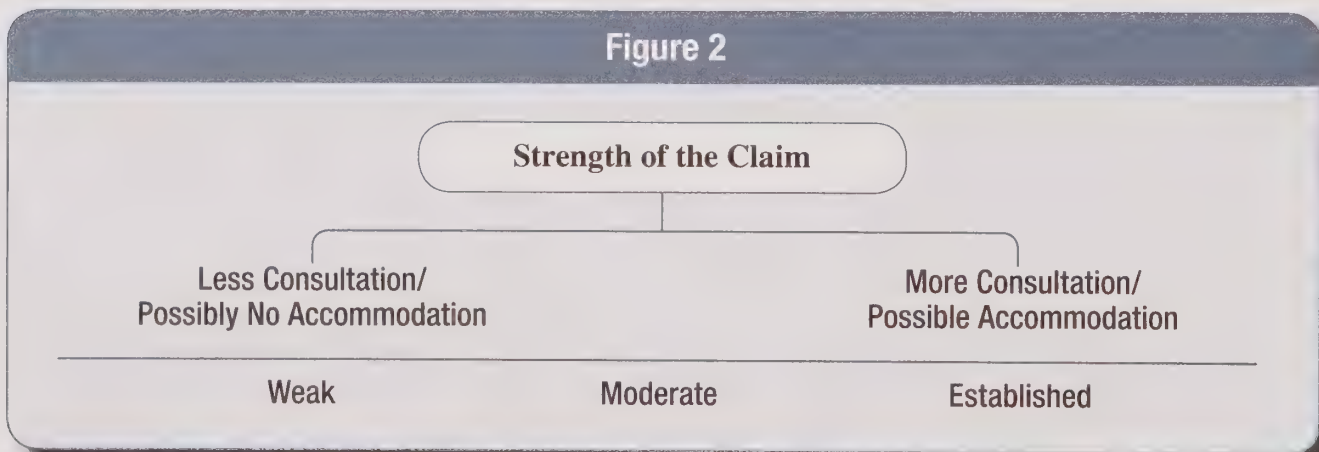


Figure 2



Based on experience, officials should be able to anticipate the potential adverse impacts of the Crown conduct in which their departments and agencies typically engage (See Part B). The nature and seriousness of potential adverse impacts of a proposed activity will become more apparent to officials as information from Aboriginal groups is gathered as part of an on-going relationship and information sharing, or during a consultation process.

Strength of claim assessment is an historical and anthropological analysis of the facts of a particular claim asserted by an Aboriginal group in the area of the proposed activity. In conducting the assessment, federal officials should gather the following information:

- ❖ What are the nature and scope of these asserted rights?
- ❖ Has the Aboriginal group(s) continually occupied the area?
- ❖ Does the group still occupy the area? If the Aboriginal group does not still occupy the area, at what period of time did they occupy it?
- ❖ What were their traditional practices historically and what are their practices today?
- ❖ Is the Aboriginal group alleging that the claimed rights were exercised prior to European contact (or for the Métis, prior to effective control)? Do they continue to exercise these rights today in a traditional or modernized form?

Justice can advise managers and their officials as to when to seek legal advice in the development of strength of claim analysis.

Documents that may alert the Crown to the existence of a claim or contain historical information in support of a claim include: protective writs and other court actions filed by Aboriginal groups; public statements made by Aboriginal groups or their letters to the Crown about their potential or established Aboriginal or Treaty rights; ethno-historical research and reports or similar research submitted by Aboriginal groups for the purposes of a

claims negotiation process; traditional knowledge and use studies prepared by Aboriginal groups for an environmental assessment process; or materials prepared by Aboriginal groups for the purposes of litigation. Confidentiality issues related to the above-noted sources of information may need to be addressed.

Other factors may influence the Crown's decision to consult with an Aboriginal group such as participation of the group in a comprehensive or specific claims negotiation process.

When the Crown is dealing with an Aboriginal group with a modern land claim treaty, the first step is to look at its provisions and try to determine the parties' respective obligations, and whether there is some form of consultation provided for in the treaty itself. It is important to be aware that, while consultation may be shaped by agreement of the parties in a treaty, the Crown cannot contract out of its duty of honourable dealing with Aboriginal people – it is a doctrine that applies independently of the treaty itself.

In some cases the treaty itself will set out the elements the parties regarded as an appropriate level of consultation (where the treaty requires consultation) including proper notice of a matter to be decided in sufficient form and detail to allow that party to prepare its view on the matter; a reasonable period of time in which the party to be consulted, and an opportunity to present such views to the party obliged to consult; and full and fair consideration by the party obliged to consult of any views presented.

Once it has been established that the Crown has a duty to consult, departments and agencies involved in the activity need to work together to assess the scope of that duty. The initial assessment of the scope of consultation may change as the consultation unfolds and more information comes to light about the potential adverse impacts of the proposed activity on the community's Aboriginal or Treaty rights.

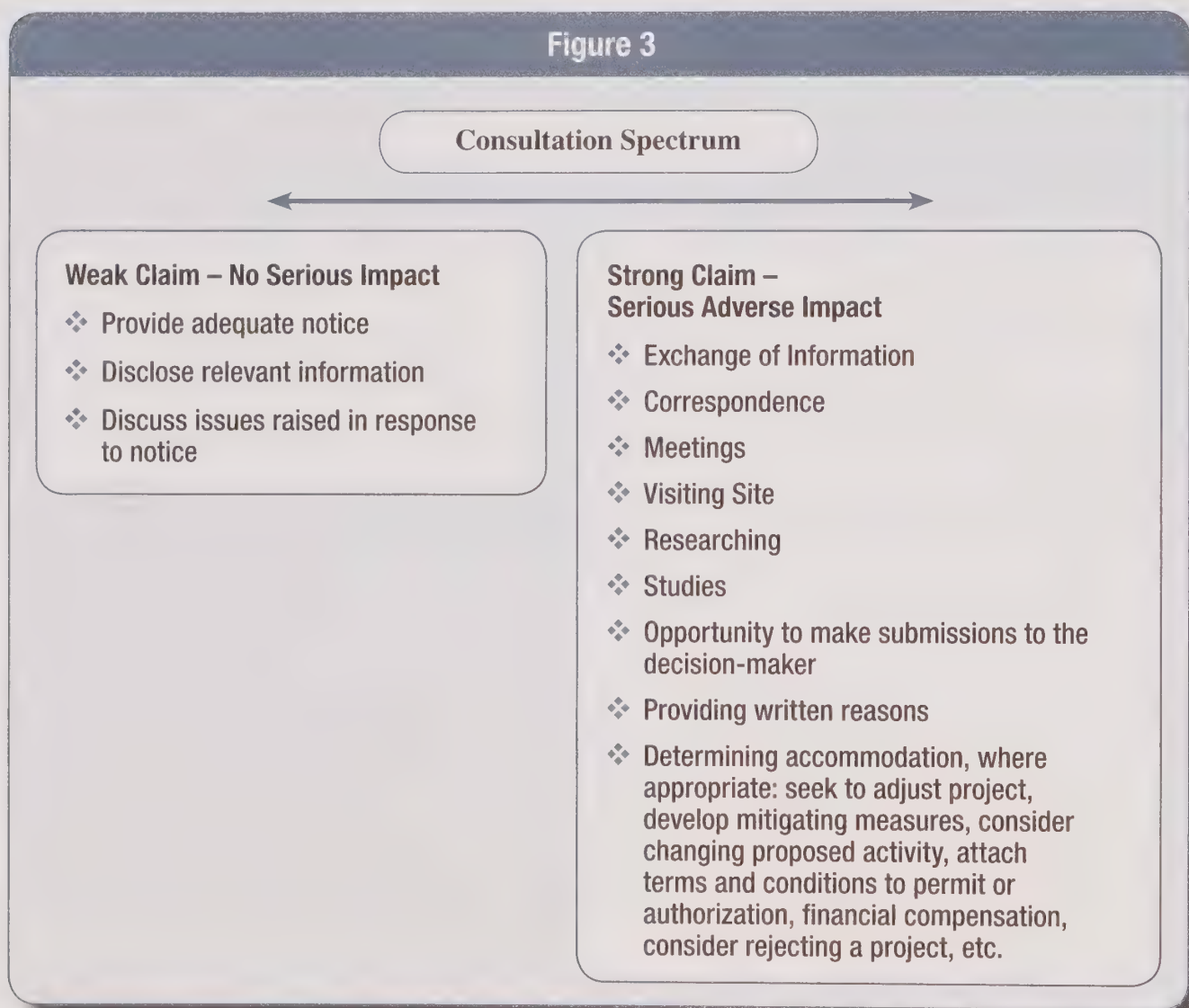
Departments and agencies must ensure that assessments of the scope of the duty are well documented. Managers can support officials to assess the scope of the duty to consult by ensuring they have access to previous assessments of similar activities in the vicinity. However, it is important to remember that Crown consultation, including strength of claim analysis, is not a rights determination process designed to establish the rights of an Aboriginal group.

The design of the consultation process should reflect the assessment and any changes made to it (See Figure 3 below).

Step 6: Design the form and content of the consultation process

The Crown's assessment of the scope of the duty to consult, and where appropriate, accommodate together with departmental and agency approaches to consultation (See Part B) will guide the development of a consultation process. As the consultation process unfolds, and new information becomes available, its form and content may also evolve to reflect resulting changes to the scope of consultation. The consultation process must therefore be flexible. When designing a consultation process, officials should become aware of existing

Figure 3



interactions, processes and dealings between the relevant Aboriginal groups and other federal departments and agencies that may support an effective consultation process.

It is important to establish goals and objectives and develop evaluation questions that will assist federal officials in determining the effectiveness of actions and decisions made at key stages of the process. Further, as officials prepare to implement their activity, they should focus the consultation process on avoiding or minimizing adverse impacts of the Crown conduct on the potential or established Aboriginal or Treaty rights and addressing any related interests, to the greatest extent possible.

Guiding Principle and Directive # 4 sums up the key elements of a meaningful consultation process and reflects what Aboriginal groups across the country have stated during the preparatory discussions (2005-06), the engagement process under Canada's Action Plan (2008-10) and in other forums on consultation and accommodation as follows:

- ❖ A Crown approach that is forthcoming, flexible and responsive;
- ❖ Inclusive processes to manage issues, decision-making and ensure accountability;
- ❖ Early consultation and policy-based discussions with communities on accommodation with the objective of avoiding or minimizing adverse impacts;
- ❖ Pro-active solicitation of Aboriginal involvement and active listening to their concerns;
- ❖ Real opportunities to inform and influence decisions before they are made;
- ❖ Assistance to support Aboriginal groups' meaningful participation in a consultation process;
- ❖ Time lines for information-sharing and responses that are appropriate and adapted to the specific circumstance;
- ❖ Serious consideration of feedback during the consultation process and prior to any decisions being final;
- ❖ Clear and direct responses on how concerns have been addressed or why they cannot be addressed;

- ❖ Better coordination, cooperation and collaboration between Crown and industry with respect to Aboriginal consultations;
- ❖ Consideration of accommodation as part of a meaningful consultation process. When looking at accommodation options, seriously consider Aboriginal perspectives, concerns and options for addressing impacts on potential or established Aboriginal or Treaty rights and related interests;
- ❖ Sustainable economic development balanced by an awareness of cumulative impacts and environmental stewardship;
- ❖ Openness to altering the original proposal and if necessary, not going forward at all with the project or decision.

Identify roles and responsibilities and opportunities for coordination

Where more than one department or agency is involved in Crown consultations for a proposed activity, officials should determine the contribution that their departments and agencies could make to the consultation and accommodation effort, having regard to their respective mandates. Effective collaboration and coordination mechanisms such as inter-departmental teams and memoranda of understanding will be essential in carrying out consultations. Coordination mechanisms should be reviewed periodically by managers to address challenges and ensure efficiency. As set out in Guiding Principle and Directive # 5, coordination includes the identification of a lead department for consultation.

Federal officials must determine:

- ❖ if other departments and agencies need to be involved, based on their mandates. If more than one federal department or agency is involved, has an inter-departmental team been assembled? For example, have the First Nation or INAC been contacted when the proposed activity is to be located on a reserve, or could possibly affect a reserve or when the lands are the subject of Treaty settlements or negotiations, Self-Government or Specific Claims?

- ❖ if other Crown entities such as federal Crown corporations and Canadian Port Authorities, and provincial or territorial governments or third parties may be involved. If so, do they have jurisdiction over the land or resources that may be affected by the federal activity in question?
- ❖ if boards and tribunals will be involved in the Aboriginal consultation process and, if so, how? What are their mandates and terms of reference?
- ❖ if the proposed Crown conduct is subject to statutory or non-statutory timelines. In the case of an activity initiated by a third party proponent, inquire about the timelines for the project;
- ❖ a lead for the Crown consultation process. The lead may change as the project shifts from the environmental assessment process to a regulatory permitting phase. When identifying a lead department or agency, consider which department or agency is: undertaking the proposed activity, such as a Crown infrastructure project or real property disposal; responsible for issuing any form of approval for the proposed activity; likely to cause more significant adverse impacts; best positioned to assume the responsibility for leading the consultations and addressing Aboriginal concerns;
- ❖ the contact information for the lead federal department or agency. Has this information been clearly communicated to all parties involved in the consultation?
- ❖ what federal programs and policies might inform or otherwise be relevant to the consultation process or to addressing the concerns of Aboriginal groups (comprehensive claims negotiations, specific claims negotiations, self-government negotiations, treaty land entitlement, additions to reserve, economic development, procurement policies, relevant Treasury Board Guidelines on transfer payments, etc.)?
- ❖ if the proposed activity is contemplated to take place on a reserve, or could have adverse impacts on a reserve. It is important to note that the Crown's obligation to consult applies in these circumstances. However, decisions about activities on reserves may also be subject to various legislation such as the *Indian Act*,

the *First Nations Land Management Act* or the *First Nations Commercial and Industrial Development Act* as well as approval processes. By-laws enacted by First Nations may also apply. Contact the First Nation directly for information on their laws, land codes and administrative procedures. You may contact the INAC Regional Lands Officer to find out which legislation applies;

- ❖ if a proposed activity that is contemplated to take place on a reserve may have potential adverse impacts on the rights or interests of other communities? If so, they may also need to be consulted;
- ❖ in relation to other Crown activities, what consultation processes within your or in another department or agency are ongoing with the same Aboriginal groups? Is it possible to coordinate your efforts with theirs to avoid consultation fatigue?
- ❖ are there any existing working forums and relationships between the Crown and Aboriginal groups (e.g. committees, Councils, round tables, consultation agreements) that can assist you when you need to undertake consultations?

Reliance on other processes to support decision-making

Officials should find out whether other processes with a consultation component have been or will be carried out by federal, provincial or territorial entities including boards, panels and tribunals or by third parties. Officials can then determine the extent to which the Crown can use information gathered in processes such as environmental assessments, other public review or regulatory processes that include Aboriginal consultation to assist them in fulfilling their duty to consult. If the processes that the Crown is seeking to rely on do not result in meaningful consultation, federal officials will need to undertake additional consultations. Please refer to Guiding Principles and Directives # 6 and # 7.

Communication and coordination throughout the consultation process is important in the early identification of issues and solutions.

Federal officials must determine:

- ❖ if there are any statutes or agreements that require Aboriginal consultation. Consultation requirements under these statutes or agreements must be fulfilled. Identify the degree to which they can assist in fulfilling the Crown's duty to consult and, where appropriate, accommodate;
- ❖ if the third party proponent or the provincial or territorial government plans to consult with potentially affected Aboriginal groups. For example, a provincial or territorial government may consult as part of an environmental assessment process or other public review process;
- ❖ if there are opportunities for the federal department or agency to participate in the third party or provincial or territorial consultation process, or to rely on the information gathered during any of those processes to assist it in fulfilling its duty to consult. Did the process that the Crown is seeking to rely on include all of the elements necessary for a meaningful consultation process? (Refer to Guiding Principle and Consultation Directive # 4);
- ❖ if the proposed activity will be subject to a federal environmental assessment process, a National Energy Board or Canadian Nuclear Safety Commission hearing or a regulatory review process. Seek to incorporate the results of those processes into your departmental or agency consultation;
- ❖ if there are limits to the extent to which the federal department or agency can rely on third party, federal, provincial or territorial processes and the information generated by these processes to meet the duty? If so, what is the nature of those limitations?
- ❖ if, in specific circumstances, it is possible to access the relevant consultation records of third parties (i.e. industry), the provincial or territorial Crown or Boards. Determine the usefulness of these consultation records in assisting the Crown to fulfill its duty to consult.

Federal and provincial or territorial collaboration

Once a lead contact has been established at the provincial or territorial level, develop an approach for collaboration. This discussion may include:

- ❖ agreement on the roles of the federal departments and provincial or territorial ministries during the consultation process (e.g. federal presence at consultation sessions, federal department or agency hosting some sessions and the province or territory hosting others, federal department or agency relying, in whole or in part, on provincial consultation report, inclusion in agreements or other arrangements of measures to address concerns related to the potential adverse impacts, etc.);
- ❖ agreement on how information is going to be shared between federal, provincial or territorial departments and agencies. There may be strategic or policy reasons why information cannot be fully shared between levels of government. Federal officials should not assume that they will be privy to all information gathered during a provincial consultation process;
- ❖ agreement on how to notify Aboriginal groups of the proposed activity. This notification can be joint with the province or territory, separate notification letters or other communication can be sent. The notification must be provided in advance of the consultation so that Aboriginal groups are aware of the process;
- ❖ agreement on timelines.

Aboriginal groups that would be consulted must be notified that Canada intends to rely, in whole or in part, on the provincial or territorial consultation process and on any accommodation measures or agreement that may be reached to fulfill its consultation obligations. Aboriginal group(s) may opt to share different information in a provincial or territorial process than in a federal one. If the provincial process does not include meaningful participation of all Aboriginal groups required to discharge the federal duty to consult, it may be necessary for a federal department or agency to expand upon the provincial process.

Taking into account the information gathered through other processes, federal officials must determine what else needs to be included in the design of the Crown consultation process. What type of information is still needed? What issues may still need to be discussed with Aboriginal groups? Taking into account any expertise required to address outstanding issues, are there other departments and agencies that need to participate in this consultation?

Determine with whom to consult

The Crown must consult directly with the Aboriginal communities with potential or established Aboriginal or Treaty rights. It is important to remember that political organizations are not necessarily the rights holders although they may be authorized to speak on behalf of the Aboriginal communities which hold the rights.

Prior to consulting with any representative organization of affected rights holders, the Crown needs to ensure that the leadership and their members agree. For example, the representative organization can provide the department or agency with a letter confirming the community's acceptance to be represented by them in relation to the activity. The role of such organizations is generally to provide informational, organizational, administrative and political support to the Aboriginal communities they represent. If it is difficult to ascertain who are the appropriate spokespersons for the rights holders, or if there appears to be differences of opinion within the groups as to who represents or speaks on behalf of the communities, seek legal advice.

Verify if there are any Aboriginal groups with overlapping claims in the area of the proposed activity. If so, you may need to invite them to participate in the consultation process.

Determine if the project is going to be carried out on, or may have effects on a reserve. If so, consult with the relevant First Nation. If the activity may have impacts off the reserve in question, for example, on the rights of any other Aboriginal groups located in the area, consultation may also need to take place with these groups.

Learn about and understand the context and current situation of the Aboriginal groups with which you will be consulting (e.g. language, geography, cultural practices,

seasonal activities, interactions with departmental and agency officials). For example:

- ❖ What are the characteristics of the community (e.g. language, history, culture, socio-economic conditions, location or remoteness)?
- ❖ What is important to community leadership and community members (e.g. interests, aspirations, consultation policies or guidelines they may have developed, etiquette as to how to approach meetings and relationship building, etc.)?
- ❖ What are their relationships with neighbouring communities?
- ❖ Have memoranda of understanding, agreements or protocols been negotiated between the Crown and the communities?
- ❖ Are they currently involved in litigation with the federal or provincial Crown?
- ❖ Are there any other considerations?

For the purpose of developing appropriate consultations, a strong knowledge of community and regional issues can assist federal officials in accurately assessing the impacts of the proposed activity on individual communities and their traditional territories and their claims.

Knowledge of the Aboriginal groups with which you will be consulting is important, as is early engagement with them regarding the proposed activity, so that they have an opportunity to outline how their potential or established Aboriginal or Treaty rights and any related interests may be adversely affected by the proposed activity.

Questions and issues for consideration include:

- ❖ Which Aboriginal communities might be affected by the activity?
- ❖ What is known about the Aboriginal communities which live in the area and assert or hold Aboriginal or Treaty rights?
- ❖ What knowledge does the Crown have about the potential or established rights of the Aboriginal groups?

- ❖ What are the current and past uses by Aboriginal groups of the land, water or other natural resources potentially affected by the proposed activity? Are there traditional use studies for this area that have been shared, in whole or part, with the Crown?
- ❖ Is there more than one Aboriginal group that is claiming rights to the same area (i.e. overlapping claims)? If so, what rights are claimed for which areas and by which Aboriginal groups? Is any Aboriginal group claiming title (e.g. exclusive occupation and rights to the land, water or other natural resources in the location and area of the activity)?
- ❖ Is the Aboriginal group in Self-Government, Treaty or Specific Claims negotiations? Inform yourself about the history, nature and status of those negotiations;
- ❖ Have the Aboriginal rights been declared by a court? Have Treaty rights been negotiated in an historic Treaty or a comprehensive land claim agreement? Has the Aboriginal group concluded a self-government agreement?
- ❖ What are the potential adverse impacts of the proposed activity on potential or established Aboriginal or Treaty rights such as hunting, fishing, trapping, gathering and trade, and on related interests? For example, will there be any impacts on wildlife or habitat, water quality or temperature, restricted access to lands or water ways, disruption of traditional techniques or timing of harvesting activities?
- ❖ What is the potential adverse impact of the proposed activity on Aboriginal archaeological sites, burial grounds, or other areas of Aboriginal interest?
- ❖ Are there any reserves in the area? Does the activity overlap or have an adverse impact on reserve lands?
- ❖ Where possible adapt the content and the process to respect the circumstances of the Aboriginal group. Identify potential challenges to the Crown consultation process in this regard.
- ❖ Many First Nation, Métis or Inuit groups have developed consultation policies, guidelines or protocols and request that the Crown adhere to them. Officials must follow the Updated Guidelines and their departmental or agency approaches. However, understanding the policies, guidelines or protocols of the Aboriginal group may become the starting point for a discussion on an effective and meaningful consultation process.
- ❖ Establish reasonable timelines for consultation activities. Meaningful consultation may require more time than anticipated; ensure that your plan is flexible.
- ❖ Design the consultation process to begin as early as possible. Take into account existing federal, provincial or territorial processes such as environmental assessments or regulatory reviews.
- ❖ Consider board and tribunal hearings that are involved in the decision-making and that the Crown may rely on to fulfill its duty. In some circumstances, the Crown could be required to demonstrate adequate consultation efforts to boards or tribunals. Early consultation enables parties to: determine whether changes to Crown conduct and other appropriate accommodation measures are needed; explore what these changes could be; and provide sufficient time to make appropriate changes (Guiding Principles and Directives # 2 and # 3).
- ❖ The duty to consult does not require the Crown and the Aboriginal communities to agree on how to resolve the issues raised during the consultation process. Nevertheless, there may be benefit in considering various means to overcome disagreements, such as dispute resolution mechanisms, to minimize conflicts, as they arise, and provide alternatives to litigation in the course of consultation or during the implementation of accommodation measures.
- ❖ In the context of established Aboriginal and Treaty rights, given the strength of those rights, federal departments and agencies must work closely with Aboriginal groups to seek ways to avoid adverse impacts on those rights. Federal officials should do the same when there is a severe adverse impact.

Design effective consultation processes

When designing a consultation process, consider the following:

- ❖ Consider involving Aboriginal groups in the design of effective consultation processes. For example, agreeing on meeting objectives, in advance, can help all parties to focus their efforts and develop effective working relations.
- ❖ In the context of established Aboriginal and Treaty rights, given the strength of those rights, federal departments and agencies must work closely with Aboriginal groups to seek ways to avoid adverse impacts on those rights. Federal officials should do the same when there is a severe adverse impact.

Anticipating requests for support

As noted earlier, in some instances, Aboriginal groups may seek support (financial or otherwise) to participate in the consultation process. As a general rule, the courts have indicated that consultation must be meaningful and that the process must be reasonable. Courts look favourably upon government providing assistance, where needed, to support Aboriginal participation in the consultation process.

Support can take many forms, including in-kind assistance that could be provided by the Crown (federal, provincial or territorial) or, in many instances, by the proponent. This could include proponent or other expert technical expertise and information; assuming the costs of translation and interpretation; document production; travel; providing Aboriginal groups with access to government technical expertise or other relevant contextual data about the resource sectors and related statutes; organizing meetings; and modifying timelines that will assist Aboriginal groups to assess the potential adverse impacts on their rights.

If financial support is requested, departments and agencies must assess whether financial support should be provided and the extent of that support. Where a department or agency seeks to transfer funds to Aboriginal groups, it must ensure it has the appropriate departmental program and financial authorities in place. Officials should identify departmental authorities or potential programs or initiatives that may assist in providing capacity to Aboriginal groups, where appropriate. Financial support may also come from the participant funding programs of the Canadian Environmental Assessment Agency, National Energy Board or Canadian Nuclear Safety Commission.

The following provides a list of capacity areas for which financial support has been provided to Aboriginal groups in the context of consultation and accommodation processes:

- ❖ information-sharing and awareness-raising;
- ❖ participation at meetings including honorarium for elders and others;

- ❖ travel costs;
- ❖ preparation of scientific, technical and legal reviews to provide advice in relation to the consultation;
- ❖ analysis and reporting related to the consultation and accommodation activities and to potential impacts on potential or established Aboriginal or Treaty rights and related interests;
- ❖ training;
- ❖ professional fees (for example, for facilitation, writing of documents, translation and interpretation);
- ❖ communications and printing;
- ❖ research and development;
- ❖ land use, traditional knowledge and use or targeted resource planning, management and implementation;
- ❖ administrative fees.

Officials must:

- ❖ monitor transfers of funding for consultation purposes and reporting, as directed by legislation and Treasury Board Secretariat policies, directives, guidelines and practices;
- ❖ seek opportunities, through protocols or memorandum of understanding with other federal departments and agencies, provincial and territorial governments and industry, to share capacity requirements for consultation. Open dialogue and transparency can enhance efficiencies and reduce costs for all involved in a consultation process;
- ❖ seek opportunities, where appropriate, to foster aggregations among Aboriginal groups (if they do not already exist) to enhance efficiencies and reduce costs through collective efforts. However, caution should be exercised not to impose aggregations as a cost and time saving measure at the risk of alienating the concerned Aboriginal groups.

Step 7: Ensure that a records management and filing system is in place

Federal departments and agencies should approach Aboriginal consultation with the awareness that they may be required to (1) access their own or other Crown records during the consultation process and (2) demonstrate the completeness and integrity of the process at a later date. To this end, federal departments and agencies that do not have a record management system for Aboriginal-Crown consultations should develop and maintain a consistent approach and format to record keeping for each step in the consultation and accommodation process.

An efficient record keeping system should ensure that the information is accessible, searchable, retrievable and reliable. It should also enable the sharing of documents between federal departments and agencies, and take into account security classification levels and privacy issues. Where multiple departments and agencies are involved in a consultation process, a centralized record keeping system is essential to maintain a complete record of consultations. For example, the Major Projects Management Office and the Canadian Environmental Assessment Agency have created a centralized Crown consultation records management system for federal departments and agencies working on Aboriginal-Crown consultations on major resource projects.

Examples of information that qualifies as a Crown record may include:

- ❖ background/technical information about the proposed project;
- ❖ any relevant information about the Aboriginal group(s) which might be affected by the proposed activity;
- ❖ a consultation plan;
- ❖ correspondence and meeting notes between federal departments and agencies and the Aboriginal group(s) in relation to the proposed activity;

- ❖ correspondence detailing each contact made with Aboriginal group(s) in relation to the proposed activity (e.g. letters, phone calls);
- ❖ letters of opinion from Aboriginal groups related to the proposed project or Crown conduct;
- ❖ an adverse impact assessment of the proposed activity;
- ❖ a strength of claim analysis on asserted Aboriginal rights;
- ❖ legal advice sought at any point during the consultation process;
- ❖ notices of consultation sessions or funding issuance (e.g. participant funding program);
- ❖ issues management tracking table.

A consultation record typically includes:

- ❖ date and time of correspondence or meeting;
- ❖ where the meeting took place and who attended;
- ❖ information shared with Aboriginal group(s) regarding the proposed activity and related consultation process;
- ❖ feedback received from Aboriginal groups;
- ❖ departmental or agency responses to the concerns and information requests made by Aboriginal group(s) related to the consultation process;
- ❖ rationale for key decisions taken in relation to the activity.

All correspondence with the Aboriginal groups (e.g. letters, e-mail messages, notes on telephone calls, notes from each meeting with the Aboriginal group) should be recorded and filed in their records management system.

It is also recommended practice for federal officials to indicate who created the record and who performed the activity recorded.

PHASE 2: CROWN CONSULTATION PROCESS

Officials will need to implement their consultation plan and corresponding process and adjust it as may be appropriate. The departmental or agency approach and the work done during the “Pre-Consultation Analysis and Planning” phase will help officials to anticipate and address issues and carry out a meaningful consultation process.

■ Step 1: Implement the consultation process

- ❖ Notify the Aboriginal group(s) of the proposed activity, provide a government contact for any questions or concerns, and, where appropriate, offer to meet to discuss the proposed activity and any concerns they may have about it;
- ❖ In a timely manner, provide Aboriginal groups with clear and relevant information relating to the proposed activity and any adverse impacts that may be anticipated, to enable them to provide meaningful feedback;
- ❖ To ensure that Aboriginal groups are adequately notified and able to meet timelines, federal departments and agencies should send information to them by a variety of means including registered mail, email and fax. Using registered mail ensures that recipients have an original copy on file; however, this method of correspondence can be slow. E-mails and faxes ensure timely receipt of documents. Follow-up phone calls are recommended. Timely communication facilitates an open and respectful dialogue between the Aboriginal community and the Crown;
- ❖ Confirm who is authorized to represent Aboriginal group(s) in relation to their Aboriginal or Treaty Rights and related interests;
- ❖ Identify and determine the nature of any overlapping claims that may exist in the area of the activity;
- ❖ Provide the Aboriginal group(s) with enough time to assess any adverse impacts of the proposed activity on their rights and to prepare their views on the matter. Officials should follow-up to discuss concerns, as necessary;
- ❖ Ensure that the Crown responds in a coordinated and timely fashion to communication received from Aboriginal groups. To facilitate these efforts, managers may wish to establish service standards or letter templates;
- ❖ Consider the concerns of Aboriginal groups, and respond in a meaningful way by ensuring that the Crown's responses consider and address Aboriginal representations, questions and concerns;
- ❖ Throughout the consultation process, consider ways and means to avoid or mitigate potential adverse impacts of the activity on potential or established Aboriginal or Treaty rights and related interests;
- ❖ Depending on the nature of the concerns, ensure that the third party proponent is involved in the discussion of measures to prevent or reduce any potential adverse impacts of the project. A proponent is typically in the best position to alter the project to avoid or mitigate adverse impacts (e.g., placement of docks, routing of pipelines, alignment of roads, etc.);
- ❖ Review periodically, throughout the consultation process, the extent to which environmental assessments or regulatory processes, as they are implemented, can be relied upon and how the information generated in those processes can be used to fulfill the Crown's duty in whole or in part;
- ❖ Review periodically whether the Crown has demonstrated to the board or tribunal, where appropriate, that adequate consultation has occurred;
- ❖ Ensure that throughout the consultation process, all relevant information is shared with government departments and agencies involved in the consultation. To achieve effectiveness, managers are encouraged to periodically review coordination and information sharing practices;
- ❖ Follow agreed upon dispute resolution mechanisms to resolve conflicts as they arise, and to avoid litigation related to the consultation and accommodation process.

Step 2: Document, catalogue and store all Crown consultation meeting records and other correspondence

Good practices to consider in relation to record keeping include:

- ❖ update records regularly;
- ❖ provide the same level of information detail consistently and as needed to relevant departments and agencies involved in Crown consultations;
- ❖ share information in a timely way with departments and agencies;
- ❖ ensure that the records are filed according to a set standard in a records management system that is accessible by all departments and agencies involved in the consultation process;
- ❖ ensure that all records are easily accessible and filed using an appropriate security classification; and,
- ❖ preserve corporate memory of a consultation file.

Step 3: Develop and maintain an issues management tracking table

An issues management table should be created and should include a summary of:

- ❖ Aboriginal concerns about potential adverse impacts of an activity on potential or established Aboriginal or Treaty rights, as conveyed to government decision makers;

- ❖ Crown's efforts to address concerns raised by Aboriginal groups about potential adverse impacts of the activity on potential or established Aboriginal or Treaty rights;
- ❖ any communication sent to Aboriginal groups informing them of steps taken to address their concerns;
- ❖ any outstanding issues remaining between the Crown and Aboriginal groups with information about why these issues have not been resolved and some of the challenges encountered in relation to these issues. If the intention is to address these issues at a later date, provide a rationale for the timing and a plan for implementation and follow-up.

Step 4: Adjust the consultation and accommodation process, as necessary

The consultation process should be responsive and flexible. Officials need to adjust the process as new information about the strength of claim or the severity of adverse impacts comes to light, or if a new Aboriginal group, with a credible claim, alleges that their potential or established Aboriginal or Treaty rights may be impacted by the project. If the processes being relied on by the Crown will not allow it to fulfill its consultation obligations, additional steps must be taken.

PHASE 3: ACCOMMODATION

The courts have said that consultation would be meaningless if, from the outset, it excluded any consideration of the potential need to accommodate the concerns raised by Aboriginal groups. Consultation may reveal a need to accommodate. Accommodation may take many forms.

The primary goal of accommodation is to avoid, eliminate, or minimize the adverse impacts on potential or established Aboriginal or Treaty rights, and when this is not possible, to compensate the Aboriginal community for those adverse impacts. In some circumstances, appropriate accommodation may be a decision not to proceed with the proposed activity. The Crown may be able to rely on what the industry proponent does in terms of accommodation, to fulfill, in whole or in part, the Crown's duty to consult, and where appropriate, accommodate.

The examples included below are not an exhaustive list but present a range of accommodation options. Making changes to the project design early in the planning stages of the project can help avoid or eliminate adverse impacts.

When such impacts are unavoidable or cannot be eliminated, the focus of accommodation must turn to mitigating those impacts. Sometimes this may be accomplished by making changes to the activity. The proponent is often in the best position to modify the project to avoid, eliminate or minimize the adverse impacts.

In its regulatory role, the Crown may also place terms or conditions on any permits, licences or authorizations to avoid or minimize adverse impacts. It can also enter into agreements with the proponent pursuant to which the proponent undertakes to carry out measures designed to reduce the adverse impacts.

Where it is not possible to avoid, eliminate, or substantially reduce adverse impacts, it may be appropriate to compensate the Aboriginal group for any adverse impacts on their potential or established Aboriginal or Treaty rights. Compensation could take a variety of forms including habitat replacement; providing skills, training

or employment opportunities for members of the Aboriginal group; land exchanges; impact-benefit agreements; or cash compensation.

Where accommodation is appropriate, departments and agencies should work with the Aboriginal group to identify solutions that balance the interests of the Aboriginal group with the societal interests of all Canadians. While there is no obligation on the Crown and Aboriginal group to agree on what is appropriate accommodation (i.e. Aboriginal groups do not have a veto), all parties must make reasonable efforts to find solutions that will accommodate the adverse impacts of the project on potential or established Aboriginal or Treaty rights.

Where accommodation measures proposed by the proponent or other parties are acceptable to the Aboriginal group, the federal Crown will need to determine if it is appropriate to rely on these measures in the fulfilment of its duty to consult (Guiding Principle and Directive # 7). In relying on accommodation measures proposed by a proponent or other parties, the Crown needs to be satisfied that these measures appropriately accommodate the Aboriginal group for the adverse impacts on their Aboriginal and Treaty rights.

When considering appropriate accommodation options, departments and agencies need to:

- ❖ work collaboratively to understand how the mandates of participating federal departments and agencies can be used to assist the Crown to accommodate the adverse impacts on potential or established Aboriginal or Treaty rights (Guiding Principle and Directive # 5);
- ❖ determine whether it is appropriate to involve other departments and agencies or other orders of government when any proposed accommodation measures fall outside your department's or agency's mandate. The mandates of federal departments and agencies should not limit the options for accommodation available to Aboriginal groups;
- ❖ understand and be aware of how the approval and decision-making processes within each department or agency may serve as a vehicle for accommodation; and,

- ❖ assess the extent to which the mitigation measures proposed through environmental assessment, regulatory or other consultation processes may serve as accommodation.

The following section outlines four steps for identifying appropriate accommodation measures during and following the consultation process. This section will be informed by future policy direction and practical experience in dealing with accommodation.

Step 1: Gather and analyze information supporting the basis for accommodation

The following factors are relevant when federal departments and agencies consider whether accommodation is appropriate in the circumstances. This information will be gathered during the “Pre-consultation Analysis and Planning” and the ‘Crown Consultation Process’ phases of the process (See Phases 1 and 2). Some of this information will be contained in the issues management tracking table.

- ❖ What potential or established Aboriginal or Treaty rights stand to be adversely impacted by the project?
- ❖ In the case of potential Aboriginal rights, what is the strength of the claim?
- ❖ What is the degree and severity of the adverse impacts on the potential or established Aboriginal or Treaty rights and related interests?

Step 2: Identify possible accommodation measures and options

After determining that accommodation is appropriate in the circumstances, the next step is to assess the range of possible accommodation measures and discuss these measures with Aboriginal groups. In identifying possible accommodation measures, officials may take into account:

- ❖ options identified by Aboriginal groups or the proponents to eliminate or reduce the adverse impacts of the proposed project (e.g. changes to the design or approach to the project);

- ❖ the extent to which any proposed accommodation measures may reduce the adverse impacts of the proposed activity on potential or established Aboriginal or Treaty rights;
- ❖ whether the adverse impacts of the proposed activity on potential or established Aboriginal or Treaty rights can be eliminated or reduced, and if not, whether some sort of compensation may be appropriate;
- ❖ the cost to the Crown of each possible accommodation measure and the existing sources of funds (e.g. Treasury Board submissions, existing authorities, shared cost with other federal departments and agencies, other levels of government or industry);
- ❖ whether there are consultation protocols with Aboriginal groups that serve as a basis to discuss, and where appropriate, to implement accommodation measures;
- ❖ whether there are any existing or new financial authorities that are necessary to implement accommodation measures?
- ❖ whether the mandates of federal departments and agencies enable them to proceed with selected accommodation options?
- ❖ what other departments and agencies can offer in terms of accommodation, having regard to their mandates, financial authorities and legislation. For example, Human Resources and Social Development Canada – job training; Public Works Government Services Canada – sale or purchase of lands; Parks Canada – commemoration of Aboriginal sacred sites; such measures may meet the concerns and interests without requiring new resources.

This assessment allows the Crown to identify accommodation options for discussion with rights holders. It is essential that federal departments and agencies have the appropriate internal approvals in place. It is also important that proposed accommodation measures are approved by senior management with decision-making and financial authority. Federal officials must ensure that internal approvals are obtained prior to presenting accommodation options to Aboriginal groups.

The mandates and processes of boards, tribunals or commissions and other regulatory, statutory or contractual processes that may be relied on by the Crown may not be sufficient to address certain accommodation measures or options. Therefore, the Crown may need to supplement these processes.

A clear distinction is required between accommodation of potential or established Aboriginal or Treaty Rights by avoiding or mitigating any adverse impacts on those rights and other socio-economic measures that are offered to address the Aboriginal communities' interests in relation to the activity. These latter activities are business initiatives that are linked to the project or other corporate or governmental programs that support communities. They do not always serve as accommodation measures necessary for the Crown to fulfill its duty.

Step 3: Select appropriate accommodation options

Informed by its discussions with Aboriginal groups during the consultation process, the Crown must select appropriate accommodation option(s). Generally, the most appropriate measure(s) are those which are most effective in eliminating or reducing adverse impacts on potential or established Aboriginal or Treaty rights while taking into account broader societal interests.

The duty to consult does not include an obligation on the Crown to agree with Aboriginal groups on how the concerns raised during consultations will be resolved.

Selecting accommodation measures requires cooperation amongst federal departments and agencies and effective inter-departmental mechanisms for collaboration.

Step 4: Communicate and document selected accommodation measures

It is important to document and communicate to all parties, in writing, the accommodation measures. The following factors may assist departments and agencies in communicating accommodation decisions:

- ❖ A description of the steps in the consultation process that led to the accommodation decision;
- ❖ Evidence that the selected options are supported by information provided to the Crown during the consultation process;
- ❖ Evidence that the consultation process was meaningful and reasonable and that the Crown acted in good faith;
- ❖ The reasons for selecting the chosen accommodation measure(s);
- ❖ How Aboriginal concerns and suggestions for accommodation measures were addressed or the reasons why the accommodation options suggested by Aboriginal groups were not selected;
- ❖ Roles and responsibilities of all parties involved in implementing the accommodation measures (e.g. Crown, rights holders, third parties); and,
- ❖ How to communicate the selected accommodation measures to all parties. Such communication should be coordinated if more than one federal department or agency or the provincial or territorial government is involved in the consultation process. In the issues management tracking table, the federal lead department or agency should maintain a list of the various accommodation measures proposed by all participants in the consultation process.

PHASE 4: IMPLEMENTATION, MONITORING AND FOLLOW-UP

In this Phase, departments and agencies will implement the Crown's decision and accommodation measures. This typically involves taking steps to put the accommodation measures in place and carrying out monitoring or other follow-up activities. Officials should verify whether the accommodation measures are in place and advise whether they are effective in eliminating or mitigating the adverse impacts of the activity on potential or established Aboriginal or Treaty rights and related interests.

Step 1: Communicate and implement the decision(s)

In some circumstances, departments and agencies will find it helpful to develop, in collaboration with the Aboriginal groups and other parties, if appropriate, an implementation plan that sets out the steps necessary to put the accommodation measures in place, and to guide and track the Crown's monitoring and follow-up activities. Departments and agencies can look to their departmental or agency approaches to consultation (See Part B) and the issues management tracking table for guidance in the development of an implementation plan.

Step 2: Monitor and follow-up

Departments and agencies need to coordinate their roles in carrying out monitoring or other follow-up activities. A coordinated effort will help them assess whether accommodation measures are effective in eliminating or mitigating the adverse impacts of the project.

If monitoring and follow-up activities reveal that some accommodation measures are ineffective in mitigating the adverse impacts, the Crown needs to work collaboratively with Aboriginal groups, the proponent and other parties to find appropriate accommodation measures, and monitor the effectiveness of the new measures. The Crown discharges its duty to consult, and, where appropriate, accommodate, and strengthens its working relationship with Aboriginal groups when it puts in place effective accommodation measures. (Refer to Guiding Principle and Directive # 8).

This could be facilitated by an implementation plan to guide and track the Crown's monitoring and follow-up activities. The plan may include:

- ❖ designation of a federal lead for the reporting and issues management tracking process, and for on-going communication with Aboriginal groups and proponent, as necessary. Where more than one department or agency is involved, the lead is responsible for ensuring that appropriate action is taken;
- ❖ requirements and measures that ensure that adverse impacts on rights continue to be addressed during the life cycle of the activity; and
- ❖ existing or newly developed tracking and reporting processes for each of the accommodation measures implemented, federal and regulatory activities, management and disposal of Crown land, financial requirements.

Step 3: Evaluate the consultation process

Following the implementation of the selected accommodation measures, departments and agencies should evaluate the results of their consultation and accommodation activities. A Crown consultation record, if well developed and consistently maintained, will facilitate the analysis of whether or not Aboriginal concerns about any adverse impacts on potential or established Aboriginal or Treaty rights and related interests have been adequately addressed.

Evaluating a process as it proceeds enables officials to verify the effectiveness of actions and decisions taken along the way and to correct them in a timely fashion. Therefore, undertaking an evaluation of a consultation and accommodation process at key stages will allow the Crown to ensure that it continues to act in accordance with the goals and objectives or to adjust them as new developments occur or new information becomes available. The Audit and Evaluation Unit Staff of the departments and agencies involved can assist in developing a useful evaluation process that can be shared to improve various aspects of future consultations.

When developing a process for evaluating the consultation and accommodation process, departments and agencies should take into consideration the:

- ❖ design of evaluation criteria at the outset so the goals, objectives and outcomes are clear and can be tracked over a reasonable period of time;
- ❖ advice and guidance from the Audit and Evaluation units of the departments and agencies involved on how to effectively evaluate a consultation and accommodation process; and
- ❖ potential involvement of Aboriginal groups in the development of the evaluation criteria.

Some evaluation questions to be considered:

- ❖ What Crown processes were used? What worked, what didn't?
- ❖ Were all the relevant parties properly identified and appropriately involved?
- ❖ Were roles and responsibilities in the process appropriate and understood?
- ❖ Did the consultation plan and process reflect the respective objectives and interests of the parties?
- ❖ Was the consultation process reasonable, meaningful, flexible and achievable?
- ❖ Did the consultation process reflect the nature, scope and complexity of the intended project, activity or decision?
- ❖ Were all parties clear on process objectives and outcomes?
- ❖ On what proponent activities did the Crown rely? To what extent did they assist in fulfilling the Crown's consultation obligations?
- ❖ Was the consultation process well documented in an official record and is the information generated during the process easily accessible?
- ❖ Were decisions justified and clearly communicated to the appropriate parties?
- ❖ Was legal advice sought appropriately?

The evaluation should also include information about whether or not the Crown acted in a manner consistent with the following standards, principles and relevant legal tests:

1. Has consultation been meaningful? Is the depth of consultation adequate given the circumstances? Has it been carried out in a timely and reasonable manner? Has the Crown been responsive to the concerns raised?
2. Have any concerns raised by Aboriginal groups not been addressed? Have any concerns been overlooked?
3. Is the recorded response to a concern meaningful? Is there any sense of lack of clarity or avoidance in the response? Has the Aboriginal group raised any concerns about the response?
4. Are there accommodation measures that should be implemented now? Can the consultation to date be deemed adequate, even if accommodation has not been undertaken or has been put off to a later stage of the project?
5. In the event of new information, was the scope of the consultations reassessed? Specifically, does the new information affect the strength of the claim or the significance of the adverse impact?

Evaluation questions on the procedural aspects of a consultation process to determine if the Crown has conducted a thorough and reasonable consultation process could include:

1. Has each Aboriginal group's concern been consistently considered and followed-up on?
2. Has each response been communicated to the Aboriginal group(s)?
3. Has the Crown tried to solicit Aboriginal views and concerns?
4. Has there been a good flow of information? Have all Aboriginal groups been appropriately informed through such means as information packages?
5. Have there been face-to-face meetings and, if not, were they necessary? Did groups request such meetings? If so, what was the response?

6. Is there a good correspondence record? For example, copies of correspondence, phone calls and face-to-face meetings?
7. Is there a good consultation record?
8. Was a particular board or tribunal relied on for the consultation process? Was a provincial or territorial process relied on? Was it sufficient to address the Aboriginal groups' concerns?
9. Is a third party proponent involved? Who was it and what was their role?
10. What concerns were raised and how has the third party proponent responded? What was the follow-up and monitoring process used?
11. Were the affected Aboriginal groups able to participate in the consultation and accommodation process? How were issues of capacity addressed? Was it through monetary or non monetary means or both? Were funding authorities in place? Was funding available in the department or agency to support capacity? Is a funding agreement in place? Were other departments and agencies or governments contributing to support capacity? Were final and financial reports provided in relation to transfer payments? Have transfer payments contributed to consultation objectives? Have recommendations been made for future consultations?
12. Did your department or agency lead the consultation? If so, what follow-up and monitoring processes were implemented? If not, was a lead department or agency identified?

Annexes

ANNEX A – DEFINITIONS

Aboriginal group: A community of First Nations, Inuit or Métis people that holds or may hold Aboriginal and Treaty rights under section 35 of the *Constitution Act, 1982*.

Aboriginal rights: Practices, traditions and customs integral to the distinctive culture of the Aboriginal group claiming the right that existed prior to contact with the Europeans (*Van der Peet*). In the context of Métis groups, Aboriginal rights means practices, traditions and customs integral to the distinctive culture of the Métis group that existed prior to effective European control, that is, prior to the time when Europeans effectively established political and legal control in the claimed area (*Powley*). Generally, these rights are fact and site specific.

Aboriginal title: An Aboriginal right to the exclusive use and occupation of land. It is possible that two or more Aboriginal groups may be able to establish Aboriginal title to the same land.

Activity: Any Crown or proponent undertaking, application, proposal, project, regulatory, policy or other initiative or decision that is contemplated and may have an adverse impact on potential or established Aboriginal or Treaty rights and related interests.

Capacity: It is the ability of Aboriginal groups to understand the nature of the activity the Crown or proponent is contemplating and how that activity might adversely impact their potential or established Aboriginal or Treaty rights.

Common law: In general, a body of law that develops through judicial decisions, as distinguished from legislative enactments.

Comprehensive land claim: Comprehensive claims deal with the unfinished business of treaty-making in Canada through a negotiation process. These claims arise in areas of Canada where Aboriginal land rights have not been dealt with by past treaties or through other legal means. In these areas, forward-looking modern treaties are negotiated between the Aboriginal group, Canada and the province or territory. Comprehensive land claim negotiations address concerns raised by Aboriginal peoples, governments and third parties about who has the legal right to own or use the lands and resources in areas under claim.

Constructive knowledge: *Black's Law Dictionary (Eighth Edition)* states: "Knowledge that one using reasonable care or diligence should have, and therefore that is attributed by law to a given person". Therefore, if one part of the Crown has knowledge of potential rights, other Crown entities will be deemed to know.

Crown: Refers to all government departments, ministries (both federal, provincial and territorial) and Crown agencies.

Crown conduct: Means the exercise of the Crown's jurisdiction and authority whether the Crown may be in charge of the activity or may be approving an activity through permits and authorizations. In either context, its actions would constitute Crown conduct.

Crown knowledge: The Supreme Court of Canada stated that the duty to consult arises when the Crown contemplates conduct that might adversely impact potential or established Aboriginal or Treaty rights of which the Crown has real or constructive knowledge.

Cumulative Environmental Effects: "The concept of cumulative environmental effects recognizes that the environmental effects of individual human activities can combine and interact with each other to cause aggregate effects that may be different in nature or extent from the effects of the individual activities. Cumulative environmental effects can be characterized as the effect on the environment of a proposed project when combined with those of other past, existing and imminent projects and activities, and which may occur over a certain period of time and distance" http://www.ceaa.gc.ca/9742C481-21D8-4D1F-AB14-55521160443/Addressing_Cumulative_Environmental_Effects.pdf

Duty to Consult: The duty to consult is an obligation of the government as a whole. In *Haida, Taku River* and *Mikisew Cree*, the Supreme Court of Canada held that provincial and federal governments have a legal obligation to consult when the Crown contemplates conduct that might adversely impact potential or established Aboriginal or Treaty rights.

Engagement: Examples of engagement includes discussion groups and formal dialogue, sharing knowledge and seeking input on activities such as policy, legislation, program development or renewal.

Existing Aboriginal and Treaty rights: “Existing” includes potential or established Aboriginal or Treaty rights.

First Nation: A term that came into common usage in the 1970s to replace the word “Indian” which some people found offensive. Although the term First Nation is widely used, no legal definition of it exists. Among its uses, the term “First Nations peoples” refers to the Indian peoples in Canada, both Status and non-Status. Some Indian peoples have also adopted the term “First Nation” to replace the word “band” in the name of their community.

Inuit: An Aboriginal people in Northern Canada, who live in Nunavut, Northwest Territories, Northern Quebec and Northern Labrador. The word means “people” in the Inuit language, Inuktitut. The singular of Inuit is Inuk.

Métis: For purposes of section 35 rights, the term Métis refers to distinctive peoples who, in addition to their mixed First Nation, Inuit and European ancestry, developed their own customs, and recognizable group identity separate from their First Nation or Inuit and European forebears. A Métis community is a group of Métis with a distinctive collective identity, living together in the same geographical area and sharing a common way of life.

Proponent: In the Updated Guidelines, proponent refers to industry, foreign governments or any other parties which initiate or propose an activity.

Reserve: As specified by the *Indian Act*, a tract of land, the legal title to which is vested in Her Majesty the Queen in Right of Canada and that has been set apart by Her Majesty for the use and benefit of a First Nation.

Traditional territory: Any designated lands and boundaries to which First Nations, Métis and Inuit communities claim or have established traditional use or occupation.

Treaty rights: Rights that are defined by the terms of a historic Treaty, rights set out in a modern land claims agreement or certain aspects of some self-government agreements. In general, Treaties (historic and modern) are characterized by the intention to create obligations, the presence of mutually binding obligations and a measure of solemnity (*Simon, Sioui*). A treaty right may be an expressed term in a Treaty, an implied term or reasonably incidental

to the expressed Treaty right. The scope of Treaty rights will be determined by their wording, which must be interpreted in accordance with the principles enunciated by the Supreme Court of Canada (*Badger* 1996, *Sundown* 1999, *Marshall* 1999)

Where the parties disagree on the scope of obligations or what rights are provided for, a number of principles unique to Treaty interpretation apply. For example, Treaties should be liberally construed; ambiguities ought to be resolved in favour of the signatories in the context of historic Treaties; the goal of Treaty interpretation is to find the common intention and the result that best reconciles the interests of both parties at the time the Treaty was signed; the integrity and Honour of the Crown is presumed in such interpretations; the courts cannot alter the terms of the Treaty and Treaty rights cannot be interpreted in a rigid or static way as they must be updated to provide for modern exercise (*Marshall* 1999; 2005).

Trigger: Any of the three elements that are necessary for a duty to consult to exist. Specifically, a Crown conduct, a potential adverse impact and potential or established Aboriginal or Treaty rights that might be adversely affected.

With or Without Prejudice: Describes communication, either written or verbal. To designate a communication as “without prejudice” is to declare that the party does not waive its right to non-disclosure of the communication. Such communications may be referred to as being “off- the-record”. This term is often used during negotiations and litigation. Should there be a request for without prejudice or off-the-record discussion, advice from legal counsel should be sought.

In the context of consultation, if agreements or protocols are being entered into for the purposes of meeting Crown obligations to consult as per the *Haida*, *Taku River*, *Mikisew Cree* or *Sparrow* cases, it is recommended that the agreement be “with prejudice”. With prejudice means that the Crown can use this documentation in court as evidence that it has fulfilled its duty to consult obligations, and that the Aboriginal group may use the documentation in relation to its legal positions. Such communications may be referred to as being “on-the-record”.

ANNEX B – LEGAL CASE SUMMARIES

The case law outlined below relate to consultation and accommodation matters. However, federal officials should also consider judgements or cases that speak to potential or established Aboriginal or Treaty rights and title. These cases may influence or dictate government decisions on questions such as who to consult as well as the nature and extent of consultations and the requirement for accommodation.

1. Duty to Consult

Seminal Supreme Court of Canada cases

***Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 SCC 73**

The Supreme Court of Canada dismissed the Province's appeal and allowed the appeal of Weyerhaeuser Company Ltd. The Court held that the Province has a duty to consult with the Haida about decisions relating to the harvest of timber from an area of the Queen Charlotte Islands over which the Haida have asserted, but have not yet proven, Aboriginal rights and title. The Court stated that good faith consultation may in turn lead to an obligation to accommodate Haida concerns in the harvesting of timber, although what accommodation if any may be required could not yet be ascertained. The Court found that the Province had failed to engage in any meaningful consultation. The Court also found that Weyerhaeuser did not owe the Haida any duty to consult or accommodate. The Court held that the duty to consult does not extend to third parties.

The Court stated that the Crown's duty to consult with Aboriginal peoples and accommodate their interests is grounded in the Honour of the Crown which derives from the Crown's assertion of sovereignty in the face of prior Aboriginal occupation. The duty arises when the Crown has knowledge, real or constructive, of the potential existence of the Aboriginal right or title and contemplates conduct that might adversely affect it.

The scope of the duty is proportionate to a preliminary assessment of the strength of the case supporting the existence of the right or title, and to the seriousness of the potentially adverse effect upon the right or title

claimed. As to the content of the duty, the Court said that, at all stages, good faith on both sides is required and sharp dealing is not permitted. The effect of good faith consultation may be to reveal a duty to accommodate.

The Court said that this process does not give Aboriginal groups a veto over what can be done with land pending final proof of the claim; nor does it impose a duty to reach an agreement. The Court also stated that, although the Crown may delegate procedural aspects of consultation to industry proponents of a particular development, the ultimate legal responsibility for consultation and accommodation rests with the Crown. The Honour of the Crown cannot be delegated.

***Taku River Tlingit First Nation v. British Columbia (Project Assessment Director)*, 2004 SCC 74**

The Supreme Court of Canada, applying its analysis in *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, [2004] SCC 73, released concurrently with this decision, allowed the Province's appeal and held that the process engaged in by the Province under the *Environmental Assessment Act* fulfilled the requirements of the Crown's duty to consult with the First Nation and to accommodate its concerns.

At issue was whether the Crown had a duty to consult prior to approving the re-opening of a mine and the construction of an access road to the mine through territory over which the First Nation claimed, but had not yet proven, Aboriginal rights and title. In *Haida*, the Court confirmed the existence of the Crown's duty to consult Aboriginal peoples prior to proof of rights or title claims. The Court found that the Crown's duty to consult was engaged in this case because the Province was aware of the First Nation's claims through its involvement in the Treaty negotiation process and knew that the decision to reopen the mine and to build the access road had the potential to adversely affect the substance of the rights and title claims.

The Court concluded that the Crown had fulfilled its duty to consult on the basis that the First Nation was part of the Project Committee, participating fully in the environmental review process; its views were put before

the appropriate Ministers and; the final project approval contained measures designed to address both immediate and long-term concerns of the First Nation.

The Court also stated that the Province was not under a duty to reach agreement with the First Nation and its failure to do so did not breach its duty of good faith consultations. The Court also confirmed that the Honour of the Crown cannot be interpreted narrowly or technically, but must be given full effect in order to promote the process of reconciliation between the Crown and Aboriginal peoples as mandated by s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*.

Mikisew Cree First Nation v. Canada (Minister of Canadian Heritage), 2005 SCC 69

The Supreme Court of Canada allowed the First Nation's appeal, quashed the Minister's decision to approve the construction of a winter road through Wood Buffalo National Park, Alberta, and returned the matter to the Minister for further consultation and consideration.

The Court held that the Crown's duty of consultation, which the Court said flows from the Honour of the Crown and its obligation to respect the existing Treaty rights of Aboriginal peoples, was breached in this case because the Minister failed to adequately consult with the First Nation in advance of the decision to build the road. The Court stated that when the Crown exercises its right under Treaty 8 to "take up" land, it is not correct to move directly to a *Sparrow* justification analysis even if the proposed measure, if implemented, would infringe a Treaty right. Rather, the Court said that it must first consider the process by which the "taking up" is planned and whether it is compatible with the Honour of the Crown.

The question in each case is to determine the degree to which conduct contemplated by the Crown would adversely affect the rights of the Aboriginal people so as to trigger the duty to consult. In this case, the Court found that the duty to consult was triggered because the impacts of the proposed road were clear, established, and demonstrably adverse to the continued exercise of the First Nation's hunting and trapping rights over the lands in question.

The Court found that the Crown's duty to consult in this case lies at the lower end of the spectrum because the proposed road is fairly minor and situated on surrendered lands where the First Nation's treaty rights are expressly subject to the "taking up" limitation in Treaty 8.

With respect to the content of the duty to consult, the Court found that the Crown was required to provide notice to the First Nation and to engage it directly. This engagement should have included the provision of information about the project, addressing what the Crown knew to be First Nation's interests and what the Crown anticipated might be the potential adverse impact on those interests.

The Crown was also required to solicit and to listen carefully to the First Nation's concerns and to attempt to minimize adverse impacts on the First Nation's hunting, fishing and trapping rights. Had the consultation process gone ahead, the Court confirmed that it would not have given the First Nation a veto over the alignment of the road. The Court reiterated that consultation will not always lead to accommodation and accommodation may or may not result in an agreement.

David Beckman, in his capacity as Director, Agriculture Branch, Department of Energy Mines and Resources et al. v. Little Salmon/Carmacks First Nation et al., 2010 SCC 53

This decision builds on the prior *Mikisew Cree* decision (2005) by setting out how the duty to consult applies to federal, provincial and territorial government conduct that may adversely impact lands and resources covered by more recent Land Claim Agreements. The Court held that the duty of consultation stems from the honour of the Crown and operates in law independently to treaties. A duty to consult can apply where Crown conduct may adversely impact treaty rights. The Little Salmon Carmacks First Nation (LSCFN) Treaty was not a "complete code" of all of the obligations that may exist as between the parties.

When assessing how the duty to consult applies to matters covered by a treaty, the first place to look is the at the specific treaty terms. Treaties may shape how consultation is to be addressed.

The Court reiterated the importance of the honour of the Crown as a constitutional principle that inform all Crown dealings with Aboriginal people, including the interpretation and implementation of treaties. The Court reiterated the importance of treaties as part of the process of reconciliation and as providing guidance for the on-going relationship of the Crown and Aboriginal groups.

Treaty Interpretation Principles

Marshall: R. v. Marshall, [1999] 3 S.C.R. 456

The accused, a Mi'kmaq Indian, was charged with three offences set out in the federal fishery regulations: the selling of eels without a licence, fishing without a licence and fishing during the close season with illegal nets. The only issue at trial was whether he possessed a treaty right to catch and sell fish under the treaties of 1760-61 that exempted him from compliance with the regulations.

The court held that extrinsic evidence of the historical and cultural context of a treaty may be received even if the treaty document purports to contain all of the terms and even absent any ambiguity on the face of the treaty. Thirdly, where a treaty was concluded orally and afterwards written up by representatives of the Crown, it would be unconscionable for the Crown to ignore the oral terms while relying on the written ones. There was more to the treaty entitlement than merely the right to bring fish and wildlife to truck-houses. While the treaties set out a restrictive covenant and do not say anything about a positive Mi'kmaq right to trade, they do not contain all the promises made and all the terms and conditions mutually agreed to.

Nowegijick: Nowegijick v. The Queen, [1983]

1 S.C.R. 29

Mr. Nowegijick is an Indian within the meaning of the *Indian Act* and a member of the Gull Bay (Ontario) Indian Band. During the 1975 taxation year Mr. Nowegijick was an employee of the Gull Bay Development Corporation, a company without share capital, having its head office and administrative offices on the Gull Bay Reserve. All the directors, members and employees of the Corporation live on the Reserve and are registered Indians.

The Federal Court of Appeal concluded that the tax imposed on Mr. Nowegijick under the *Income Tax Act* was not taxation in respect of personal property within the

meaning of s. 87 of the *Indian Act*. Indians are citizens and, in affairs of life not governed by treaties or the *Indian Act*, they are subject to all of the responsibilities, including payment of taxes, of other Canadian citizens.

Ted Moses: Attorney General of Quebec v.

Grand Chief Dr. Ted Moses, et al., 2010 SCC 17

The Vanadium case concerns the applicability of the *Canadian Environmental Assessment Act* ("CEAA") to a proposed mine project located in the territory contemplated by s. 22 of the James Bay and Northern Quebec Agreement ("JBNQA"). While the Vanadium case is nominally about environmental assessments, it is also relevant as the first Supreme Court decision to interpret the provisions of a modern treaty. While both sets of reasons are clear in taking the position that the JBNQA is a treaty covered by s. 35 of the *Constitution Act, 1982*, they diverge in the amount of analysis they provide as to how a modern treaty should be interpreted. It is clear that the Court sees a difference between how historic treaties and modern treaties are to be interpreted.

While it would seem to be correct to continue to posit that modern treaties are not to be interpreted in the exact same way as historic treaties, it will be interesting to see if the dissent's approach is adopted by a majority of the Court in a future decision, as that would help to clarify how the interpretation of modern treaties should differ.

The majority clearly took a contractual approach to interpreting the provisions of the JBNQA and sought to discern the common intention of the parties, but it remains to be seen whether they would take the same approach in other cases. Based on the Vanadium decision, it is clear that courts should pay careful attention to the terms of the agreement that comprises the modern treaty.

Interpretation and Application of Duty to Consult by Lower Courts

Since the seminal Supreme Court decisions noted above, lower courts across Canada have been assessing and applying the duty to consult to a variety of different kinds of Crown conduct and in relation to a number of different Aboriginal and Treaty rights. For a listing and greater details on these decisions contact your legal advisor.

2. Legal Tests for Assessing Interference with and Existence of Aboriginal and Treaty Rights

Interpretation of s. 35 (1): Test for Crown justification for infringement of s. 35(1) rights

R. v. Sparrow, [1990] 1 S.C.R. 1075

Mr. Sparrow was prosecuted by the Attorney General of Canada under the federal *Fisheries Act* for fishing contrary to the terms of his Band's food fishing licence. The Supreme Court of Canada held that Mr. Sparrow enjoyed an Aboriginal right to fish for food which was protected by section 35 of the *Constitution Act, 1982*. According to the Court, the Crown must demonstrate a "clear and plain" intention to extinguish Aboriginal rights. In this case, the test had not been met by the Crown's evidence.

The Court also found that there is a fiduciary relationship between the Crown and Aboriginal peoples based on the need for the Crown to act honourably. Therefore, section 35 must be interpreted in a manner consistent with this relationship. The Court placed a high burden on the Crown to justify any infringement with the enjoyment of Aboriginal rights protected by s. 35.

See also *R. v. Badger* wherein the Court held that the justification test developed in *R. v. Sparrow* applied to Treaty rights.

Test for Aboriginal Title

Delgamuukw v. British Columbia, [1997] 3 S.C.R. 1010

This action involved a claim by the Gitksan and Wet'suwet'en hereditary Chiefs for Aboriginal title and an inherent right to self-government over 58,000 square kilometers of British Columbia. The Supreme Court of Canada ruled that, due to evidentiary problems with the case, a new trial is required to determine whether the plaintiffs enjoy the claimed Aboriginal title and self-government rights.

While not providing any guidance on the issue of rights of self-government, the Court made general pronouncements on the scope and content of Aboriginal title. In essence, if an Aboriginal group can establish that, at time of sovereignty, it exclusively occupied a territory to which a substantial connection has been maintained, then it has the communal right to exclusive use and occupation of such lands. The

Aboriginal group can use the lands for far ranging purposes including economic exploitation. The only limitations are that the lands can not be disposed of without surrender to the Crown nor can they be used in such a fashion that would destroy the Aboriginal group's special bond with the land.

The Court also ruled that both the federal and provincial Crown can justifiably interfere with an Aboriginal group's Aboriginal title. The Court rejected the province's counter-claim regarding provincial power to extinguish Aboriginal rights in finding that, since Confederation, only the federal Crown has such a power.

Roles of Boards and Tribunals

Rio Tinto Alcan Inc. et al v. Carrier Sekani Tribal Council, [2010] SCC 43

The Supreme Court of Canada unanimously held that the BC Utilities Commission (the Commission) had properly exercised its jurisdiction in relation to the duty to consult and had correctly determined that a duty to consult did not arise in this case.

The Supreme Court of Canada set out guidelines for determining whether a tribunal can assess the adequacy of consultation, when it can do consultation and when it cannot do either. The Court provided further guidance on what is required to engage a duty to consult and explained that it applies to current and future activities and impacts, not historical infringements.

In this case, the Commission had the authority to assess whether adequate consultation had occurred because it could decide questions of law and determine if the contract in issue was in the public interest. It also had the authority to consider any "other relevant factors" and make any order it considered advisable in the circumstances. These features of its statutory mandate authorized and required the Commission to address whether the duty to consult was triggered and if there had been adequate Crown consultation and accommodation. The Commission did not, however, have jurisdiction to engage in consultation itself.

The Court confirmed that the duty to consult is a constitutional duty.

Tests for Aboriginal Rights

***R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507; *R. v. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723;**

***R. v. NTC Smokehouse Ltd*, [1996] 2 S.C.R. 672**

These cases involve the question of whether section 35 of the *Constitution Act, 1982* includes, as an Aboriginal right, a right to fish commercially. In the *R. v. Van der Peet* case, the Court outlined the test for identifying Aboriginal rights protected under section 35. Essentially, an Aboriginal group must establish that, at time of contact with Europeans, the particular activity claimed as an Aboriginal right was a practice, tradition or custom that was integral to the society's distinctive culture.

Applying the above test to the facts of the cases, the Court ruled that the accused in *R. v. Gladstone* had established an Aboriginal commercial fishing right. However, the Court also indicated that, in the context of Aboriginal commercial fishing rights, there are no internal limitations to the right. As such, the *R. v. Sparrow* justification test had to be refined for Aboriginal commercial fishing rights. Other considerations, apart from conservation goals, are to be taken into account in determining whether governmental restrictions were justified.

Objectives such as the pursuit of economic and regional fairness, as well as, the historic non-native participation in the fishery are relevant objectives in the context of the justification analysis. Aboriginal rights have to be given priority but they also have to be reconciled with other rights and interests. The case was remitted for trial on the question of whether the regulation of the accused's Aboriginal commercial fishing rights could be justified.

***R. v. Powley*, [2003] SCC 43**

The accused were charged with unlawfully hunting moose and possessing game contrary to ss. 46 and 47(1) of the *Ontario Game and Fish Act*. The central issue was whether two individuals from the Sault Ste. Marie area, who self-identify as Métis, can establish Métis Aboriginal rights to hunt that are protected by s. 35 of the *Constitution Act, 1982*.

The Supreme Court of Canada held that the impugned legislation was of no force or effect with respect to the accused on the basis that, as members of the Métis community in and around Sault Ste. Marie, the accused have an Aboriginal right to hunt for food under s. 35(1). The Court concluded that the lack of recognition of any Métis right to hunt for food in the legislation infringed the Métis Aboriginal right and conservation concerns did not justify the infringement. The Court held that, to support a site-specific Aboriginal rights claim, the claimant must demonstrate membership in an identifiable Métis community with some degree of continuity and stability as established through evidence of shared customs, traditions and collective identity, as well as demographic evidence.

The Court modified the pre-contact aspect of the *R. v. Van der Peet* test to reflect the distinctive history and post-contact ethnogenesis of the Métis. The test for Métis rights should focus on identifying those practices, customs and traditions that are integral to the Métis community's distinctive existence and relationship to the land after a particular Métis community arose but before it came under the effective control of European laws and customs.

The Court found that the term "Métis" in s. 35 does not encompass all individuals with mixed Indian and European heritage; rather, it refers to distinctive peoples who, in addition to their mixed ancestry, developed their own customs, and recognizable group identity separate from their Indian or Inuit and European forebears. While not setting down a comprehensive definition of who is a Métis for the purpose of asserting a claim under s. 35, of the *Constitution Act, 1982*, the Court cited three broad factors as indicia of Métis identity: self-identification, ancestral connection and community acceptance.

qu'il appartient à une communauté métisse identifiable et possédant un degré de continuité et de stabilité suffisant, en faisant la preuve que le groupe concerné partage des coutumes, des traditions et une identité collective et en apportant des données démographiques pertinentes.

La Cour a adapté l'élément d'antériorité au contact avec les Européens prévu par le critère établi dans l'arrêt *R. c. Van der Peet* pour tenir compte de l'histoire distincte des Métis et de leur ethnogénèse qui est postérieure au contact. Le critère applicable aux Métis doit permettre de déterminer les coutumes, pratiques et traditions qui font partie intégrante du mode de vie distinctif de la communauté métisse et de ses rapports avec le territoire dans la période qui a suivi la naissance de la communauté métisse et qui a précédé son assujettissement aux lois et coutumes européennes.

La Cour a conclu que le mot « Métis » à l'article 35 ne vise pas toutes les personnes d'ascendance mixte indienne et européenne, mais plutôt les peuples distincts qui, en plus de leur ascendance mixte, possèdent leurs propres coutumes et identité collective reconnaissables et distinctes de celles de leurs ancêtres indiens ou inuits, d'une part, et de leurs ancêtres européens, d'autre part. La Cour n'a pas établi une définition exhaustive de l'identité métisse aux fins de présentation des revendications fondées sur l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, mais elle a retenu trois facteurs principaux comme indices tendant à établir l'identité métisse, à savoir l'auto-identification, les liens ancestraux et l'acceptation par la communauté.

des objectifs pertinents à l'analyse de cette justification. Il faut donner la primauté aux droits ancestraux, mais il faut que ces droits soient compatibles avec d'autres droits et intérêts. La cause a été renvoyée en première instance pour que soit décidé si la réglementation des droits ancestraux de pêche commerciale de l'accusé était justifiée.

R. c. Powley, 2003 CSC 43

Les intimés avaient été accusés d'avoir chassé illégalement l'original sans permis de chasse et d'avoir eu en leur possession du gibier chassé en contravention de l'article 46 et du paragraphe 47(1) de la *Loi sur la chasse et la pêche* de l'Ontario. La question au cœur de la poursuite consistait à déterminer si deux individus de la région de Sault Ste. Marie, qui s'auto-identifient comme Métis, peuvent établir des droits ancestraux métis garantis par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

La Cour suprême du Canada a statué que la loi contestée était sans effet à l'égard des intimes, parce qu'à titre de membres de la collectivité métisse de Sault Ste. Marie et des environs, ils ont un droit ancestral de chasser pour se nourrir garanti par le paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. La Cour a conclu que le fait de ne pas reconnaître aux Métis le droit de chasser pour se nourrir, dans la loi en question, porte atteinte au droit ancestral des Métis et que la conservation de la faune n'était pas une considération qui justifiait cette atteinte. La Cour a statué que, pour étayer l'existence d'un droit ancestral rattaché à un lieu précis, le demandeur doit démontrer

pertinent » et de prendre toute décision qu'elle jugerait utile dans les circonstances. Le mandat conféré par la loi à la Commission autorisait celle-ci, et exigeait d'elle, qu'elle rende une décision sur la question de savoir si une obligation de consultation avait été déclenchée et s'il y avait eu une consultation et un accommodement adéquat de la part de la Couronne. Toutefois, la Commission n'avait pas la compétence nécessaire pour entreprendre elle-même la consultation.

La Cour a confirmé que l'obligation de consultation était une obligation constitutionnelle.

Critères relatifs aux droits ancestraux

***R. c. Van der Peet* [1996] 2 R.C.S. 507; *R. c. Gladstone* [1996] 2 R.C.S. 723;**

***R. c. NTC Smokehouse Ltd*, [1996] 2 R.C.S. 672**

Ces affaires soulevent la question de savoir si l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* inclut le droit de pêche commerciale dans la notion de droit ancestral. Dans l'arrêt *R. c. Van der Peet*, la Cour a décrit les critères lui permettant de définir les droits ancestraux protégés en vertu de l'article 35. Essentiellement, un groupe autochtone doit établir qu'à l'époque des premiers contacts avec les Européens, l'activité particulière invoquée comme constituant un droit ancestral était une pratique, coutume ou tradition qui faisait partie intégrante de la culture distincte de la société.

En appliquant les critères ci-dessus aux faits de ces cas, la Cour a statué que l'accusé dans l'affaire *R. c. Gladstone* avait établi un droit ancestral de pêche commerciale. Toutefois, la Cour a aussi indiqué que, dans le contexte des droits ancestraux de pêche commerciale, il n'y a pas de restriction interne à ce droit. À ce titre, le critère de justification défini dans l'arrêt *R. c. Sparrow* a dû être affiné pour les droits ancestraux de pêche commerciale. Il faut tenir compte d'autres considérations, outre les objectifs de conservation de la ressource, pour décider si les restrictions à un droit imposées par le gouvernement sont justifiées.

Des objectifs comme la poursuite de l'équité sur les plans économique et régional, ainsi que la reconnaissance du fait que, historiquement, des groupes non autochtones participent à l'exploitation des ressources halieutiques, sont

Bien que la Cour n'ait pas donné d'indication relative à la question du droit à l'autonomie gouvernementale, elle a fait des déclarations générales sur l'étendue et le contenu du titre ancestral. Essentiellement, si un groupe autochtone peut faire la preuve d'une occupation exclusive, à l'affirmation de la souveraineté, et qu'un lien substantiel entre le peuple et le territoire en question a été maintenu, il détient des droits collectifs exclusifs d'utiliser et d'occuper les terres. Il peut utiliser les terres à des fins infiniment variées, y compris l'exploitation économique. Toutefois, il ne peut pas disposer des terres sans les céder à la Couronne, et il ne peut pas les utiliser d'une manière qui anéantit le lien spécial entre ce groupe et les terres visées.

La Cour a aussi statué qu'un titre ancestral d'un groupe autochtone peut être réglementé par la Couronne tant au niveau fédéral que provincial. Elle a rejeté la demande reconventionnelle de la province voulant qu'elle ait compétence pour éteindre des droits ancestraux en statuant que, depuis la Confédération, seule la Couronne fédérale a cette compétence.

Rôles des conseils et des tribunaux

***Rio Tinto Alcan Inc. c. Carrier Sekani Tribal Council*, 2010, CSC 43**

La Cour suprême du Canada a conclu à l'unanimité que la BC Utilities Commission (la Commission) avait exercé adéquatement ses compétences en matière d'obligation de consultation et qu'elle avait correctement conclu que, dans ce cas, il n'y avait pas obligation de consultation.

La Cour suprême du Canada a établi des lignes directrices visant à déterminer si un tribunal peut évaluer la pertinence d'une consultation et quand il peut mener cette consultation, ainsi que quand il ne peut faire ni l'un ni l'autre. La Cour a donné d'autres indications au sujet de ce qui est nécessaire pour qu'il y ait obligation de consulter et a expliqué que cette obligation s'applique aux activités actuelles et futures et à leurs répercussions, et non pas aux infractions passées.

Dans ce cas-ci, la Commission avait le pouvoir d'évaluer si une consultation adéquate avait eu lieu parce qu'elle pouvait décider de questions de droit et déterminer si le contrat en question était dans l'intérêt du public. Elle avait également le pouvoir d'examiner tout « autre facteur

2. Critères juridiques permettant d'évaluer une atteinte à des droits ancestraux ou issus de traités

Interprétation du paragraphe 35(1) : Critères permettant de justifier l'atteinte par la Couronne à un droit prévu au paragraphe 35(1)
***R. c. Sparrow* [1990] 1 R.C.S. 1075**

Monsieur Sparrow a été poursuivi en justice par le procureur général du Canada en vertu de la *Loi sur les pêches* parce qu'il avait pêché en violation des conditions du permis de pêche de sa bande indienne. La Cour suprême du Canada a statué que monsieur Sparrow détenait un droit ancestral de pêcher pour se nourrir, protégé par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Selon la Cour, la Couronne doit faire état d'une intention « claire et expresse » de mettre fin à un droit ancestral. En l'espèce, la preuve de la Couronne n'a pas satisfait au critère applicable.

La Cour a aussi conclu qu'il y a des rapports de nature fiduciaire entre la Couronne et les peuples autochtones, fondés sur la nécessité pour la Couronne d'agir honnêtement. Par conséquent, l'article 35 doit être interprété d'une manière compatible avec ces rapports. La Cour a imposé à la Couronne l'obligation de justifier toute mesure qui porte atteinte à un droit ancestral protégé par l'article 35.

Voir aussi l'arrêt *R. c. Badger*, dans lequel la Cour a statué que les critères justifiant une atteinte à des droits ancestraux, établis dans *R. c. Sparrow*, s'appliquent aux droits issus de traités.

Critères relatifs au titre ancestral

***Delgamuukw c. Colombie-Britannique* [1997] 3 R.C.S. 1010**

Les chefs héréditaires Gitskan et Wet'suwet'en ont introduit une action en justice revendiquant un titre ancestral et le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale sur un territoire de près de 58 000 kilomètres carrés de la Colombie-Britannique. La Cour suprême du Canada a statué que, en raison des difficultés de preuve, il était nécessaire de tenir un nouveau procès afin de déterminer si les demandeurs détiennent le titre ancestral et les droits à l'autonomie gouvernementale qu'ils revendiquent.

la *Loi sur les Indiens*. Les Indiens sont des citoyens et, dans les affaires qui ne sont régies ni par les traités ni par la *Loi sur les Indiens*, ils ont toutes les mêmes responsabilités que les autres citoyens canadiens, dont le paiement d'impôts.

Ted Moses : Procureur général du Québec c. Grand Chief Dr. Ted Moses, et al. [2010] CSC 17

L'affaire Vanadium porte sur l'application de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale* dans le cas d'un projet de mine envisagé sur le territoire visé par l'article 22 de la Convention de la Baie James et du Nord québécois. Bien que l'affaire Vanadium porte sur les évaluations environnementales, elle constitue également la toute première décision de la Cour suprême à interpréter les dispositions d'un traité moderne. Même si les deux énoncés de motifs sont clairement en faveur du fait que la Convention de la Baie James et du Nord québécois est un traité couvert par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, ils divergent sur le plan des analyses qu'ils fournissent concernant la façon d'interpréter un traité moderne. Il est évident que la Cour voit une différence entre la façon d'interpréter les traités historiques et les traités modernes.

Même s'il semble correct d'avancer que les traités modernes ne doivent pas être interprétés de la même façon que les traités historiques, il serait intéressant de voir si l'approche sera adoptée par la majorité dans une décision future, car cela aiderait à clarifier comment les traités modernes devraient être différemment interprétés.

La plupart ont clairement adopté une approche contractuelle pour interpréter les dispositions de la Convention de la Baie James et du Nord québécois et cherchent à discerner l'intention commune des parties, mais il est encore à vérifier s'ils adopteraient la même approche dans les autres cas. Selon la décision Vanadium, il est évident que les tribunaux devraient porter la plus grande attention aux clauses de l'accord constituant le traité moderne.

Interprétation et application de l'obligation de consulter par les tribunaux inférieurs

Depuis les arrêts faisant autorité rendus par la Cour suprême et décrits ci-dessus, les tribunaux inférieurs ont évalué et appliqué l'obligation de consultation à diverses sortes de conduites de la Couronne et relativement à de nombreux droits ancestraux ou issus de traités différents. Pour une liste de ces décisions et de plus amples détails, veuillez communiquer avec votre conseiller juridique.

Principes d'interprétation des traités

Marshall : R. c. Marshall [1999] 3 R.C.S. 456

L'accusé, un Indien mi'kmaq, a été inculpé de trois infractions énoncées dans la réglementation fédérale sur les pêches : avoir vendu des anguilles sans permis, avoir pêché sans permis et avoir pêché pendant la période de fermeture au moyen de filets illégaux. Premièrement, la seule question en litige au procès était celle de savoir s'il possédait un droit issu des traités conclus en 1760 et 1761 qui l'autorisait à prendre et à vendre du poisson sans être tenu de se conformer à la réglementation.

Deuxièmement, la Cour a statué que la preuve extrinsèque du contexte historique et culturel d'un traité peut être admise même si le document du traité est censé contenir toutes les conditions d'un traité et même en l'absence d'ambiguïté ressortant à la lecture du traité. Troisièmement, lorsqu'un traité a été conclu oralement et subéquemment couché par écrit par des représentants de la Couronne, il serait inacceptable que cette dernière fasse fi des conditions dont les parties ont convenu oralement, alors qu'elle se fonde sur celles qui ont été consignées par écrit. Le traité conférerait plus que le simple droit d'apporter les produits de la chasse et de la pêche aux maisons de troc. Bien que les traités établissent un covenant (engagement) restrictif et ne parlent aucunement d'un droit positif des Mi'kmaq de commercer, ils ne contiennent pas l'ensemble des promesses qui ont été faites et des conditions dont les parties ont convenu mutuellement.

Nowegijick : Nowegijick c. La Reine [1983] 1 R.C.S. 29

M. Nowegijick est un Indien au sens de la *Loi sur les Indiens* et il est membre de la bande indienne de Gull Bay, en Ontario. Au cours de l'année d'imposition 1975, M. Nowegijick était à l'emploi de la Gull Bay Development Corporation, une entreprise sans capital-actions dont le siège social et les bureaux administratifs se trouvent sur la réserve de Gull Bay. Tous les directeurs, les membres et les employés de la compagnie demeurent sur la réserve et sont des Indiens inscrits.

La Cour d'appel fédérale avait conclu que la cotisation d'impôt fixée à l'égard du revenu de M. Nowegijick en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu* n'était pas une imposition appliquée à ses biens personnels au sens de l'article 87 de

préjudiciables du projet sur leurs droits de chasse, de pêche et de piégeage. La Cour a confirmé que le processus de consultation, s'il avait suivi son cours, n'aurait pas conféré aux Cris Mikisew un droit de veto sur le tracé de la route. Elle a réaffirmé que la consultation n'entraîne pas toujours un accommodement, et que l'accommodement ne se traduit pas toujours par une entente.

David Beckman, en sa qualité de directeur, Direction de l'agriculture, ministère de l'Énergie, des Mines et des Ressources, et al. c. Little Salmon/Carmacks First Nation, et al. [2010] CSC 53

Cette décision mise sur l'arrêt *Première nation crie de Mikisew* (2005) en indiquant comment l'obligation de consulter s'applique à la conduite du gouvernement fédéral et des gouvernements provinciaux et territoriaux qui peuvent avoir des effets préjudiciables sur les terres et les ressources naturelles visées par des accords récents de règlement de revendications territoriales. La Cour a statué que l'honneur de la Couronne donne lieu à l'obligation de consulter, qui s'applique en droit indépendant des traités. L'obligation de consulter peut s'appliquer si la conduite de la Couronne est susceptible d'avoir des effets préjudiciables sur des droits existants. Toutes les obligations qui peuvent exister entre les parties ne sont pas codifiées dans le traité de la Première nation de Little Salmon/Carmacks.

Lors qu'on tente de déterminer comment l'obligation de consulter s'applique à des questions abordées par un traité, la première chose à faire est de vérifier les termes exacts du traité. La teneur des traités peut déterminer comment traiter la question de la consultation.

La Cour a réitéré l'importance de l'honneur de la Couronne en tant que principe constitutionnel qui doit éclairer toutes les interventions de la Couronne auprès des Autochtones, y compris l'interprétation et la mise en œuvre des traités. La Cour a réitéré l'importance des traités comme faisant partie du processus de réconciliation et à titre de guide en ce qui concerne la relation permanente entre la Couronne et les groupes autochtones.

La Cour a statué que l'obligation de consultation qui découle du principe de l'honneur de la Couronne, ainsi que de l'obligation de celle-ci de respecter les droits issus de traités existants des peuples autochtones, ont été violées parce qu'aucune consultation adéquate n'avait été tenue avant l'approbation par la Ministre de construire la route. La Cour a affirmé que lorsque la Couronne exerce son droit issu du Traité n° 8 de « prendre » des terres, il n'est pas indiqué de passer directement à une analyse de la justification fondée sur l'arrêt *Sparrow* même si l'on a conclu que la mesure envisagée, si elle était mise en œuvre, porterait atteinte à un droit issu du traité de la Première nation. La Cour a affirmé que la Couronne doit d'abord examiner le processus de la « prise » de terres et se demander s'il est compatible avec l'honneur de la Couronne.

La question dans chaque cas consiste à déterminer la mesure dans laquelle les dispositions envisagées par la Couronne auraient un effet préjudiciable sur les droits des peuples autochtones qui déclencherait l'obligation de consulter. En l'espèce, la Cour a statué que l'obligation de consultation était déclenchée parce que les effets de la route proposée étaient clairs, démontrés et manifestement préjudiciables à l'exercice ininterrompu des droits de chasse et de piégeage de la Première nation sur les terres en question.

La Cour a statué que le contenu de l'obligation de la Couronne en l'espèce se situe plutôt au bas du continuum puisque la route proposée est peu importante et située sur des terres cédées où les droits issus du traité des Cris Mikisew sont expressément assujettis à la restriction sur la « prise » du Traité n° 8.

En ce qui concerne le contenu de l'obligation de consulter, la Cour a conclu que la Couronne devait aviser les Cris Mikisew et nouer un dialogue directement avec eux. Ce dialogue aurait dû comporter la communication de renseignements au sujet du projet, le fait de traiter des intérêts des Cris Mikisew, connus de la Couronne, et de l'effet préjudiciable que le projet pourrait avoir, selon elle, sur ces intérêts.

La Couronne aurait aussi dû demander aux Cris Mikisew d'exprimer leurs préoccupations et les écouter attentivement, et s'efforcer de réduire au minimum les effets

La question était de savoir si la Couronne avait une obligation de consulter avant d'approuver la réouverture d'une mine et la construction d'une route d'accès à la mine qui traverserait un territoire que revendique la Première nation, mais dont les revendications de droits et titres ancestraux ne sont pas encore prouvées. Dans l'affaire *Nation haïda*, la Cour a confirmé l'existence de l'obligation de la Couronne de consulter les peuples autochtones avant que n'ait été tranchée une revendication de droits ou de titres. La Cour a conclu qu'en l'espèce, la Couronne avait l'obligation de consulter parce que la province était au courant des revendications en raison de la participation de la Première nation au processus de négociation de traités, et elle savait que la décision de rouvrir la mine et de construire une route d'accès pouvait avoir un effet préjudiciable sur le fond des revendications de la Première nation.

La Cour a conclu que la Couronne s'était acquittée de son obligation de consultation du fait que la Première nation faisait partie du comité d'examen du projet et qu'elle a participé à part entière à l'examen environnemental, que ses vues ont été exposées aux ministres et que le certificat d'approbation du projet final contenait des mesures visant à répondre à ses préoccupations, à court comme à long terme.

La Cour a aussi affirmé que la province n'avait pas l'obligation de se mettre d'accord avec la Première nation et le fait qu'elle n'y soit pas parvenue ne constitue pas un manquement à son obligation de mener des consultations de bonne foi. La Cour a aussi confirmé que le principe de l'honneur de la Couronne ne peut recevoir une interprétation étroite ou formaliste, mais qu'il faut lui donner plein effet afin de promouvoir le processus de conciliation prescrit par le paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle* de 1982.

***Première nation crie Mikisew c. Canada* (Ministre du Patrimoine canadien), 2005 CSC 69**

La Cour suprême du Canada a accueilli le pourvoi de la Première nation et annulé la décision de la ministre d'autoriser la construction d'une route d'hiver qui devait traverser le parc national Wood Buffalo et lui a renvoyé le dossier pour qu'elle tienne des consultations et qu'elle en poursuive l'examen.

La jurisprudence dont il est question ci-dessous porte sur des questions relatives à la consultation et à l'accommodement. Toutefois, les fonctionnaires fédéraux devraient également tenir compte des décisions ou des actions en justice relatives aux droits ancestraux ou issus de traités, établis ou potentiels. Ces causes peuvent guider le gouvernement dans ses décisions, notamment lorsqu'il s'agit de déterminer qui consulter, de définir la nature et l'étendue des consultations et de décider s'il y a lieu de trouver des accommodements.

1. L'obligation de consulter

Arrêts de la Cour suprême du Canada faisant autorité

Nation haïda c. la Colombie-Britannique (*Ministre des Forêts*), [2004] CSC 73

La Cour suprême du Canada a rejeté le pourvoi de la province et accueilli celui de la Weyerhaeuser Company Ltd. Elle a statué que la province avait l'obligation de consulter les Haïdas avant de prendre des décisions concernant la récolte du bois d'œuvre dans une région des îles de la Reine-Charlotte sur laquelle les Haïdas revendiquent des droits ancestraux et un titre qu'ils n'ont pas encore prouvé. La Cour a déclaré que des consultations menées de bonne foi peuvent donner lieu à l'obligation d'accommodement pour tenir compte des préoccupations des Haïdas au sujet de la récolte du bois, mais qu'il était impossible pour le moment de préciser le genre d'accommodement qui s'imposait, à supposer qu'une telle mesure soit requise. La Cour a aussi conclu que la province ne s'était pas acquittée de son obligation de tenir une consultation véritable. Elle a aussi conclu que Weyerhaeuser n'était nullement obligée de consulter les Haïdas ou de trouver des accommodements avec eux. Elle a statué que l'obligation de consulter ne visait pas les tiers.

La Cour a affirmé que l'obligation de la Couronne de consulter les peuples autochtones et de trouver des accommodements pour tenir compte de leurs intérêts repose sur le principe de l'honneur de la Couronne, qui découle de l'affirmation de la souveraineté de la Couronne face à l'occupation antérieure des terres par les peuples

autochtones. L'obligation de consultation prend naissance lorsque la Couronne a connaissance, concrètement ou par interprétation, de l'existence potentielle du droit ou titre ancestral revendiqué et qu'elle envisage des mesures susceptibles d'avoir un effet préjudiciable sur ce droit ou titre.

L'étendue de l'obligation dépend de l'évaluation préliminaire de la solidité de la preuve étayant l'existence du droit ou du titre revendiqué, et de la gravité des effets préjudiciables potentiels sur le droit ou le titre. Pour ce qui est du contenu de l'obligation, la Cour a déclaré qu'à toutes les étapes, les deux parties sont tenues de faire montre de bonne foi et que les manœuvres malhonnêtes sont interdites. Des consultations menées de bonne foi permettent donc de découvrir qu'il y a obligation d'accommodement.

Première nation Tlingit de Taku River c. la Colombie-Britannique (Directeur d'évaluation de projet), [2004], CSC 74

La Cour suprême du Canada, en appliquant son analyse de *Nation haïda c. la Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)* [2004] CSC 73, publiée en même temps que le présent arrêt, a accueilli le pourvoi de la province et affirmé qu'elle s'était acquittée de son obligation de consultation de la Première nation et d'accommodement de ses préoccupations en engageant le processus en vertu de la Loi sur l'évaluation environnementale.

Dans le contexte d'une consultation, si des ententes ou des protocoles sont conclus dans le but de remplir les obligations de la Couronne, telles que définies dans les arrêts *Haida*, *Taku River*, *Première nation criée Mikisew et Sparrow*, il est recommandé que l'entente soit « non sous toutes réserves ». Cela signifie que la Couronne peut utiliser la documentation devant les tribunaux comme preuve qu'elle a rempli son obligation de consulter et que le groupe autochtone peut utiliser la documentation par rapport à ses positions juridiques. Des communications de cette sorte peuvent être désignées comme étant « officielles ».

Territoire traditionnel : Terres désignées (et leurs limites) que des collectivités de Premières nations, métisses ou inuites revendiquent ou qu'elles ont été reconnues comme occupant ou utilisant à des fins traditionnelles.

Titre ancestral : Droit ancestral d'utilisation et d'occupation exclusives de terres. Il est possible que deux groupes autochtones ou plus puissent démontrer qu'ils détiennent un titre ancestral sur les mêmes terres.

Revendication territoriale globale : Les revendications globales portent sur des questions qui n'ont pas encore été réglées et qui font l'objet d'un processus de négociation. Elles surviennent dans les régions du Canada où la question des droits fonciers des Autochtones n'a pas été réglée par un traité ou d'autres moyens juridiques. Dans ces régions, le Canada, le groupe autochtone et la province ou le territoire qui sont concernés négocient un traité moderne tourné vers l'avenir. Dans la négociation d'une revendication territoriale globale, les parties abordent les questions soulevées par les Autochtones, les gouvernements et les tiers afin de déterminer à qui la loi confère le droit d'être propriétaire des terres et des ressources dans la région visée par la revendication ou de les utiliser.

Sous toutes réserves ou non sous toutes réserves : Décrit les communications écrites ou verbales. La présence d'une communication « sous toute réserve » signifie que la partie ne renonce pas à son droit de non-divulgation de la communication. On peut aussi désigner ce genre de communications comme étant « officielle ». Le terme est souvent utilisé durant des négociations et des procès. Il faut demander des conseils à l'avocat lorsqu'une demande de discussion sous toutes réserves ou officielle est présentée.

sont présomés; les tribunaux ne peuvent pas modifier les modalités du traité et les droits issus de traités ne peuvent pas être interprétés de manière rigide ou statique, car il faut les actualiser pour en permettre une interprétation moderne (*Marshall* 1999; 2005).

Effets environnementaux cumulatifs : « La notion

d'effets environnementaux cumulatifs reconnaît que les effets environnementaux des diverses activités humaines peuvent se combiner et donner lieu à un jeu d'interactions pour produire des effets cumulatifs dont la nature ou l'ampleur peuvent être différentes des effets de chacune des activités. [...] [L]es effets environnementaux cumulatifs peuvent se définir comme suit : L'impact sur l'environnement résultant des effets d'un projet combinés à ceux d'autres projets et activités antérieurs, actuels et imminents. Ces effets peuvent se produire sur une certaine période et à une certaine distance. » (<http://www.cea.gc.ca/default.asp?lang=Fr&n=9742C481-1&offset=1&toc=show>).

Élément déclencheur : L'un ou l'autre des trois éléments

qui doivent être présents pour qu'il y ait obligation de consulter. Plus particulièrement, il s'agit d'une conduite de la Couronne, d'un effet préjudiciable possible, ou de l'existence de droits ancestraux ou issus de traités, établis ou potentiels, susceptibles de subir des effets préjudiciables.

Groupe autochtone : Une collectivité inuite, métisse ou

de Premières nations qui jouit ou pourrait jouir de droits ancestraux ou issus de traités en vertu de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Inuits : Peuple autochtone du Nord canadien, qui vit au Nunavut, dans les Territoires du Nord-Ouest, dans le Nord québécois et le Nord du Labrador. Dans la langue inuite, l'inuktitut, le mot « inuit » signifie « peuple », tandis que « Inuk » désigne l'individu.

Métis : Aux fins des droits conférés par l'article 35, le terme « Métis » désigne les peuples distincts qui, en plus de leur ascendance mixte (indienne ou inuite et européenne), possèdent leurs propres coutumes et une identité collective

reconnaissable et distincte de celles de leurs ancêtres indiens ou inuits d'une part, et européens d'autre part. Une collectivité métisse est un groupe de Métis qui ont une identité collective distincte, qui vivent ensemble dans la même région géographique et qui partagent un mode de vie commun.

Obligation de consulter : L'obligation de consulter s'applique à l'ensemble du gouvernement. Dans les arrêts *Haida, Taku River* et *Première nation criée Mikisew*, la Cour suprême du Canada a statué que les gouvernements provinciaux et le gouvernement fédéral ont l'obligation légale de consulter lorsque la Couronne envisage des activités susceptibles d'avoir des effets préjudiciables sur des droits ancestraux ou issus de traités, établis ou potentiels.

Participation : Les groupes de discussion, le dialogue officiel, l'échange de connaissances et l'invitation à formuler des observations sur l'élaboration ou le renouvellement de politiques, de textes de loi ou de programmes sont des exemples de participation.

Première nation : Terme entré dans l'usage au cours des années 1970 pour remplacer le mot « Indien » que des personnes jugeaient offensant. Même si le terme « Première nation » est largement répandu, il n'en existe aucune définition légale. Entre autres choses, les « membres des Premières nations » désignent les Indiens inscrits et non inscrits du Canada. Certaines collectivités ont aussi adopté le terme « Première nation » pour remplacer le mot « bande » dans leur nom.

Promoteur : Dans les Lignes directrices actualisées, le terme « promoteur » désigne l'industrie, des gouvernements étrangers ou toute autre partie qui exerce ou propose une activité.

Réserve : Comme le précise la *Loi sur les Indiens*, une réserve est une parcelle de terrain dont Sa Majesté la reine du chef du Canada est propriétaire et qu'elle a mise de côté à l'usage et au profit d'une Première nation.

Activité : Entreprise, application, proposition, projet, initiative réglementaire, découlant de politiques ou autre pourrait avoir un effet préjudiciable sur des droits ancestraux ou issus de traités, établis ou potentiels, et les intérêts connexes.

Capacité : Aptitude des groupes autochtones à comprendre la nature de l'activité que la Couronne ou le promoteur envisage et les effets préjudiciables possibles de cette activité sur leurs droits ancestraux ou issus de traités, établis ou potentiels.

Common law : En général, ensemble du droit résultant de décisions judiciaires plutôt que de textes législatifs.

Conduite de la Couronne : Exercice de la compétence et du pouvoir de la Couronne, qu'elle soit en charge de l'activité ou qu'elle en approuve l'exécution par la délivrance de permis et d'autorisations. Dans un contexte comme dans l'autre, les mesures qu'elle prend constituent la conduite de la Couronne.

Connaissance de la Couronne : La Cour suprême du Canada a déclaré que l'obligation de consulter prend naissance lorsque la Couronne envisage une conduite susceptible d'avoir des effets préjudiciables sur des droits ancestraux ou issus de traités, établis ou potentiels, et dont la Couronne a connaissance concrètement ou par interprétation.

Connaissance par interprétation : *Le Black's Law Dictionary* (8^e édition) propose la définition suivante : *[traduction]* « Connaissance qu'une personne faisant preuve de diligence raisonnable devrait avoir et que la loi confère par conséquent à une personne donnée ». Donc, si une entité de la Couronne connaît l'existence de droits potentiels, il est présumé que d'autres entités de la Couronne sont au courant.

Couronne : Ce terme désigne tous les ministères (des gouvernements fédéral, provinciaux et territoriaux) et organismes d'État.

Droits ancestraux : Pratiques, traditions et coutumes qui faisaient partie intégrante de la culture distinctive du groupe autochtone revendiquant le droit qui existait avant l'arrivée des Européens (*Van der Peet*). Dans le cas des groupes métis, les « droits ancestraux » sont des droits découlant de pratiques, de traditions et de coutumes qui faisaient partie intégrante de la culture distinctive du groupe métis avant le contrôle effectif des Européens, c'est-à-dire avant que les Européens imposent leur domination politique et juridique dans la région revendiquée (*Powley*). En règle générale, ces droits dépendent des faits et du lieu.

Droits ancestraux ou issus de traités existants : Les droits « existants » comprennent les droits ancestraux ou issus de traités, établis ou potentiels.

Droits issus de traités : Droits définis dans un traité historique, droits établis dans un accord contemporain sur des revendications territoriales, ou certains aspects de quelques ententes sur l'autonomie gouvernementale. En général, les traités (historiques et modernes) sont caractérisés par l'intention de créer des obligations, la présence d'obligations mutuellement contraignantes et une certaine mesure de solennité (*Simon, Sioui*). Un droit issu d'un traité peut être désigné dans une clause explicite d'un traité, dans une clause implicite, ou être une pratique raisonnablement accessible à l'exercice du droit issu d'un traité. L'étendue des droits issus de traités est fonction de leur libellé, lequel doit être interprété conformément aux principes énoncés par la Cour suprême du Canada (*Badger* 1996, *Sundown* 1999, *Marshall* 1999).

Lorsque les parties ne s'entendent pas sur l'étendue des obligations ou sur la nature des droits stipulés, certains principes particuliers à l'interprétation des traités s'appliquent. Par exemple, les traités doivent recevoir une interprétation libérale et toute ambiguïté doit profiter aux signataires dans le contexte des traités historiques; l'interprétation des traités a pour objet de déterminer l'intention commune, celle qui concilie le mieux les intérêts des deux parties à l'époque de la signature; dans le cadre de ces interprétations, l'intégrité et l'honneur de la Couronne

Annexes

1. Chacune des préoccupations du groupe autochtone a-t-elle été prise en compte systématiquement et y a-t-on donné suite?
2. Chaque réponse a-t-elle été communiquée au(x) groupe(s) autochtone(s)?
3. La Couronne a-t-elle cherché à connaître les opinions et préoccupations des Autochtones?
4. L'information a-t-elle bien circulé? Les groupes autochtones ont-ils tous été adéquatement informés, par exemple au moyen de troupes de renseignements?
5. Des rencontres individuelles ont-elles eu lieu? Si non, aurait-il dû y en avoir? Les groupes ont-ils demandé de telles rencontres? Si oui, quelle a été la réponse?
6. Un bon dossier de correspondance est-il en place? Par exemple, un dossier contenant des copies de la correspondance et des notes sur les appels téléphoniques et les réunions?
7. Un bon dossier de consultation est-il en place?
8. S'est-on appuyé sur un office ou un tribunal en particulier pour le processus de consultation? A-t-on eu recours à un processus provincial ou territorial? Était-ce suffisant pour donner suite aux préoccupations des groupes autochtones?
9. Un tiers promoteur était-il concerné? Si oui, de qui s'agissait-il et quel en était le rôle?
10. Quelles préoccupations ont été exprimées et comment le tiers promoteur y a-t-il répondu? Quel a été le processus de suivi et de contrôle utilisé?
11. Les groupes autochtones touchés étaient-ils en mesure de participer au processus de consultation et d'accorder/modément? De quelle manière les questions de capacité ont-elles été traitées? L'ont-elles été à l'aide de moyens monétaires ou non monétaires, ou les deux? Des autorisations de financement ont-elles été accordées? Du financement était-il disponible au ministère ou à l'organisme afin d'appuyer la capacité? Une entente de financement a-t-elle été conclue? D'autres ministères et organismes ou gouvernements ont-ils contribué à appuyer la capacité? Des rapports finaux et des rapports financiers ont-ils été fournis en ce qui a trait aux paiements de transfert? Les paiements de transfert ont-ils contribué à l'atteinte des objectifs de la consultation? Des recommandations ont-elles été formulées en vue des consultations futures?
12. Votre ministère ou organisme a-t-il dirigé la consultation? Si oui, quels processus de surveillance et de suivi ont été mis en œuvre? Si non, un ministère ou un organisme responsable a-t-il été déterminé?

clés du processus permet à la Couronne de s'assurer qu'elle continue d'agir conformément aux buts et aux objectifs, et de les ajuster à mesure que de nouveaux éléments ou renseignements se présentent. Le personnel des unités de la vérification et de l'évaluation des ministères et des organismes participants peut aider à élaborer un processus d'évaluation véritable qui peut être partagé en vue d'améliorer les différents aspects des consultations futures.

Dans l'élaboration d'un processus d'évaluation de la consultation et de l'accommodement, les ministères et les organismes devraient tenir compte :

- ❖ de la définition des critères d'évaluation dès le début de l'entreprise pour que les buts, les objectifs et les résultats à atteindre soient clairs et que l'on puisse en suivre l'évolution au cours d'une période de temps raisonnable;
- ❖ des conseils et des directives du personnel des unités de la vérification et de l'évaluation des ministères et des organismes concernés sur la manière d'évaluer efficacement un processus de consultation et d'accommodement;
- ❖ de l'éventuelle participation de groupes autochtones à la définition des critères.

Voici quelques questions d'évaluation à considérer.

- ❖ Quels sont les processus de la Couronne qui ont été utilisés? Qu'est-ce qui a fonctionné et qu'est-ce qui n'a pas fonctionné?
- ❖ Les parties pertinentes ont-elles toutes été adéquatement déterminées et ont-elles participé de manière appropriée?
- ❖ Les rôles et les responsabilités dans le cadre du processus étaient-ils appropriés et ont-ils été bien compris?
- ❖ Le plan et le processus de consultation reflétaient-ils les objectifs et les intérêts respectifs des parties?
- ❖ Le processus de consultation était-il raisonnable, véritable, souple et réalisable?
- ❖ Le processus de consultation reflétait-il la nature, l'étendue et la complexité du projet, de l'activité ou de la décision?

- ❖ Toutes les parties étaient-elles au courant des objectifs et des résultats du processus?
- ❖ À quelles activités des promoteurs la Couronne s'est-elle liée? Dans quelle mesure ont-ils aidé la Couronne à satisfaire à son obligation de consulter?
- ❖ Le processus de consultation était-il bien documenté dans un dossier officiel et les renseignements générés pendant le processus sont-ils accessibles?
- ❖ Les décisions étaient-elles justifiées et clairement communiquées aux parties concernées?
- ❖ A-t-on sollicité, de façon appropriée, des conseils juridiques?

L'évaluation devrait également comporter des renseignements indiquant si la Couronne a agi avec cohérence en ce qui concerne les normes, les principes et les critères juridiques pertinents ci-après :

1. La consultation a-t-elle été véritable? L'étendue de la consultation a-t-elle été appropriée compte tenu des circonstances? A-t-elle été menée en temps opportun et de manière raisonnable? La Couronne a-t-elle donné suite aux préoccupations exprimées?
2. Est-ce que certaines préoccupations exprimées par les groupes autochtones n'ont pas été traitées? Est-ce que certaines préoccupations ont été oubliées?
3. La réponse consignée concernant une préoccupation est-elle véritable? Manque-t-elle de précision ou donne-t-elle l'impression qu'on tente d'éviter la question? Le groupe autochtone a-t-il fait savoir qu'il avait des préoccupations concernant cette réponse?
4. Certaines mesures d'accommodement devraient-elles être mises en œuvre maintenant? Jusqu'à maintenant, la consultation peut-elle être jugée adéquate, même si l'accommodement n'a pas été réalisé ou a été repoussé à une étape ultérieure du projet?
5. Lorsque de nouveaux renseignements se présentaient, la portée de la consultation a-t-elle été réévaluée? Plus précisément, les nouveaux renseignements ont-ils eu une influence sur la solidité de la revendication ou sur l'importance des effets préjudiciables?

PHASE 4 : MISE EN ŒUVRE, SURVEILLANCE ET SUIVI

autochtones lorsqu'elle met en place des mesures d'accommodement efficaces. (Voir le principe directeur et la directive n° 8.)

Cette tâche pourrait être facilitée par la mise en œuvre d'un plan visant à orienter et à suivre de près les activités de contrôle et de suivi de la Couronne. Ce plan peut notamment comprendre :

- ❖ la désignation d'un responsable fédéral pour le processus de suivi associé à la gestion des rapports et des enjeux et pour des communications suivies avec les groupes autochtones et le promoteur, au besoin. Lorsque plusieurs ministères ou organismes sont concernés, le responsable doit veiller à ce que des mesures adéquates soient prises;

- ❖ des exigences et des mesures qui ont pour but de faire en sorte que l'on continue de tenir compte des effets préjudiciables sur les droits pendant tout le cycle de vie de l'activité;

- ❖ des processus de suivi et de rapport existants ou nouvellement élaborés pour chaque mesure d'accommodement mise en œuvre, les activités fédérales et réglementaires, la gestion et l'aliénation de terres de la Couronne et les exigences financières.

Étape 3 : Évaluer le processus de consultation

Après la mise en œuvre des mesures d'accommodement choisies, les ministères et organismes devraient examiner les résultats de leurs activités liées à la consultation et à l'accommodement. Un dossier de consultation de la Couronne, s'il est bien élaboré et tenu à jour, facilitera l'analyse visant à savoir s'il a été adéquatement donné suite aux préoccupations des Autochtones à l'égard des effets préjudiciables sur les droits ancestraux ou issus de traités, établis ou potentiels, et sur les intérêts connexes.

L'évaluation d'un processus alors qu'il est en cours permet aux fonctionnaires d'examiner l'efficacité des mesures et des décisions prises et de les corriger en temps opportun. Par conséquent, le fait d'entreprendre l'évaluation d'un processus de consultation et d'accommodement aux étapes

Pendant cette phase, les ministères et les organismes mettront en œuvre la décision et les mesures d'accommodement de la Couronne. Cela comprend habituellement la prise de mesures afin de mettre en place les accommodements et la surveillance ou autres activités de suivi. Les fonctionnaires devraient s'assurer que les mesures d'accommodement sont bien en place et qu'elles sont efficaces pour éliminer ou atténuer les effets préjudiciables de l'activité sur les droits ancestraux ou issus de traités, établis ou potentiels, et sur les intérêts connexes.

Étape 1 : Communiquer les décisions et en assurer la mise en œuvre

Dans certains cas, les ministères et les organismes trouveront utile d'élaborer au besoin, avec l'aide des groupes autochtones et des autres parties, un plan de mise en œuvre qui établit les étapes nécessaires en vue de mettre en place les mesures d'accommodement, et d'orienter et suivre les activités de surveillance et de suivi de la Couronne. Les ministères et les organismes peuvent examiner leurs approches respectives de la consultation (voir la partie B) et le tableau de suivi de la gestion des enjeux pour orienter leur plan de mise en œuvre.

Étape 2 : Assurer la surveillance et le suivi

Les ministères et les organismes doivent coordonner leurs rôles respectifs dans l'exécution des activités de surveillance et de suivi. Un travail coordonné leur permettra de veiller à ce que les mesures d'accommodement soient efficaces et qu'elles éliminent ou atténuent les effets préjudiciables du projet.

Si le contrôle et le suivi révèlent que certaines mesures d'accommodement ne permettent pas d'atténuer les effets préjudiciables, la Couronne doit travailler en collaboration avec les groupes autochtones, le promoteur et les autres parties pour trouver des mesures adéquates, et elle doit s'assurer que ces nouvelles mesures sont effectivement adéquates. La Couronne s'acquitte de son obligation de consulter et, au besoin, de trouver des accommodements, et elle renforce ses relations de travail avec les groupes

- ❖ de quelles façons les préoccupations des Autochtones et leurs propositions en matière d'accommodement ont été prises en compte et les raisons pour lesquelles leurs options n'ont pas été retenues;
- ❖ les rôles et responsabilités de toutes les parties engagées dans la mise en œuvre des mesures d'accommodement (p. ex., la Couronne, les détenteurs de droits, les tiers);

- ❖ la façon de faire connaître les mesures d'accommodement retenues à toutes les parties. Ces communications devraient être coordonnées si plus d'un ministère ou organisme fédéral ou gouvernement provincial ou territorial participe au processus de consultation. Le ministère ou l'organisme fédéral responsable devrait tenir à jour la liste des diverses mesures d'accommodement proposées par tous les participants au processus de consultation dans un tableau de suivi de la gestion des enjeux.

Étape 3 : Sélectionner des options appropriées en matière d'accommodement

Mise au courant grâce à ses discussions avec les groupes autochtones pendant le processus de consultation, la Couronne doit choisir la ou les options d'accommodement appropriées. En général, les mesures d'accommodement les plus adéquates sont celles qui sont les plus efficaces pour éliminer ou réduire les effets préjudiciables sur les droits ancestraux ou issus de traités, établis ou potentiels, tout en prenant en considération les intérêts plus généraux dans la société.

L'obligation de consulter ne comporte pas une obligation pour la Couronne d'être d'accord avec les groupes autochtones sur la façon de régler les questions soulevées au cours des consultations.

Le choix des mesures d'accommodement exige une coopération entre les ministères et organismes fédéraux et des mécanismes de collaboration interministérielle efficaces.

Étape 4 : Communiquer et étayer les mesures d'accommodement choisies

Il est important de documenter et de communiquer à toutes les parties, par écrit, les mesures d'accommodement. Les facteurs suivants peuvent aider les ministères et organismes à faire connaître les décisions en matière d'accommodement :

- ❖ description des étapes du processus de consultation qui mènent à une décision sur l'accommodement;
- ❖ preuve que les options sélectionnées sont fondées sur l'information fournie à la Couronne au cours du processus de consultation;
- ❖ preuve que le processus de consultation était véritable et raisonnable et que la Couronne a agi de bonne foi;
- ❖ raisons d'avoir choisi la ou les mesures d'accommodement sélectionnées;

- ❖ déterminer ce que les autres ministères et organismes peuvent offrir en matière d'accommodement, compte tenu de leurs mandats, de leurs autorisations financières et de la loi. Par exemple, Ressources humaines et Développement des compétences Canada – formation professionnelle; Travaux publics et Services gouvernementaux Canada – vente ou achat de terres; Parcs Canada – commémoration des sites autochtones sacrés; ces types de mesures pourraient donner suite aux préoccupations et aux intérêts sans qu'il soit nécessaire de recourir à de nouvelles ressources.

Cette évaluation permet à la Couronne de déterminer des options d'accommodement pour en discuter avec les détenteurs de droits. Il est essentiel que les ministères et les organismes fédéraux aient obtenu les approbations internes nécessaires. Il est également important que les mesures d'accommodement proposées soient approuvées par la haute direction possédant le pouvoir décisionnaire et le pouvoir financier. Les fonctionnaires fédéraux doivent s'assurer que les approbations internes ont été obtenues avant de présenter des options d'accommodement aux groupes autochtones.

Les mandats et les processus des offices, tribunaux ou commissions et autres processus réglementaires, législatifs ou contractuels auxquels la Couronne pourrait se fier pourraient être insuffisants pour tenir compte de certaines mesures ou options d'accommodement. Par conséquent, la Couronne peut devoir les compléter.

Il est nécessaire d'opérer une distinction claire entre l'accommodement pour tenir compte de droits ancestraux ou issus de traités, établis ou potentiels, en évitant ou en atténuant tout effet préjudiciable sur ces droits, et d'autres mesures socioéconomiques proposées afin de donner suite aux intérêts des collectivités en lien avec l'activité. Ces dernières mesures sont en fait des initiatives d'affaires liées au projet ou à d'autres programmes gouvernementaux ou d'entreprises qui appuient les collectivités. Elles ne remplacent pas toujours les mesures d'accommodement nécessaires pour que la Couronne s'acquitte de son obligation de consulter.

Étape 2 : Déterminer d'éventuelles mesures et options en matière d'accommodement

Après avoir déterminé que l'accommodement est approprié dans les circonstances, la prochaine étape consiste à évaluer la gamme des mesures d'accommodement possibles et à discuter de ces mesures avec les groupes autochtones. Pour déterminer des mesures d'accommodement possibles les fonctionnaires peuvent prendre en considération ce qui suit :

- ❖ des options proposées par les groupes autochtones et les promoteurs visant à éliminer ou à réduire les effets préjudiciables du projet proposé (p. ex., apporter des changements à la conception ou à l'approche du projet);
- ❖ la mesure dans laquelle les mesures d'accommodement peuvent réduire les effets préjudiciables d'une activité proposée sur les droits ancestraux ou issus de traités, établis ou potentiels;
- ❖ si les effets préjudiciables de l'activité proposée sur les droits ancestraux ou issus de traités, établis ou potentiels, peuvent être éliminés et réduits et, si non, si une indemnisation pourrait être appropriée;
- ❖ la nécessité pour les ministères et les organismes d'établir le coût pour la Couronne de chaque mesure d'accommodement possible et les sources de financement existantes (p. ex., présentations au Conseil du Trésor, pouvoirs actuels, coûts partagés avec d'autres ministères et organismes fédéraux et d'autres ordres de gouvernement ou industries);
- ❖ l'existence de protocoles de consultation des groupes autochtones qui servent de base aux discussions et, au besoin, à la mise en œuvre de mesures d'accommodement;
- ❖ si des autorisations financières actuelles ou de nouvelles sont nécessaires pour mettre en œuvre des mesures d'accommodement;
- ❖ si les mandats des ministères et des organismes fédéraux leur permettent de mettre en œuvre certaines options d'accommodement; et

- ❖ déterminer s'il est approprié d'impliquer d'autres ministères et organismes ou d'autres ordres de gouvernement lorsque les mesures d'accommodement proposées ne s'inscrivent pas dans le mandat de votre ministère ou organisme. Les mandats des ministères et des organismes fédéraux ne devraient pas limiter les options d'accommodements pouvant être offertes aux groupes autochtones;

- ❖ comprendre et être au courant de la façon dont les processus d'approbation et décisionnels au sein de chaque ministère ou organisme peuvent servir d'instrument à l'accommodement;
- ❖ évaluer la mesure dans laquelle les mesures d'atténuation proposées dans l'évaluation environnementale, le processus réglementaire ou les autres processus de consultation peuvent servir d'accommodements.

La section qui suit présente quatre étapes permettant de déterminer les mesures d'accommodement appropriées pendant et après le processus de consultation. Cette section tiendra compte d'orientations stratégiques futures et des expériences pratiques liées à l'accommodement.

Étape 1 : Assembler et analyser les informations à l'appui de l'accommodement

- ❖ Les facteurs suivants sont pertinents lorsque les ministères et les organismes fédéraux évaluent si l'accommodement est approprié dans les circonstances. Ces renseignements seront recueillis pendant la phase « Analyse et planification préalable à la consultation » et la phase du « Processus de consultation de la Couronne » (voir les phases 1 et 2). Certains de ces renseignements figurent dans le tableau de suivi de la gestion des enjeux.
- ❖ Quels droits ancestraux ou issus de traités, établis ou potentiels, sont susceptibles de subir des effets préjudiciables à cause du projet?
- ❖ En ce qui concerne les droits ancestraux potentiels, quelle est la solidité de la revendication?
- ❖ Quels sont le degré et la gravité des effets préjudiciables sur les droits ancestraux ou issus de traités, établis ou potentiels, et sur les intérêts connexes?

PHASE 3 : ACCOMMODEMENT

Les tribunaux ont affirmé que les consultations ne seraient pas véritables si, dès le départ, elles excluaient toute réflexion sur le besoin potentiel de trouver des accommodements lorsque les groupes autochtones expriment des préoccupations. La consultation peut révéler la nécessité de prendre des mesures d'accommodement, et l'accommodement peut prendre de nombreuses formes.

Le principal objectif de l'accommodement est d'éviter, d'éliminer ou de minimiser les effets préjudiciables sur les droits ancestraux ou issus de traités, établis ou potentiels, et, lorsque ce n'est pas possible, d'indemniser la collectivité autochtone pour ces effets préjudiciables. Dans certains cas, l'accommodement approprié peut consister en une décision de ne pas poursuivre l'activité proposée. La Couronne peut être en mesure de s'appuyer sur ce que fait le promoteur de l'industrie en termes d'accommodement pour respecter, en tout ou en partie, son obligation de consulter et, au besoin, de trouver des accommodements.

Les exemples ci-dessous ne représentent pas une liste exhaustive, mais une gamme d'options en matière d'accommodement. Apporter des changements au concept du projet dans les premières étapes de la planification du projet permet d'éviter ou d'éliminer des effets préjudiciables.

Lorsque ces effets sont inévitables ou qu'ils ne peuvent pas être éliminés, l'accommodement doit être axé sur leur atténuation. Parfois, cela peut se faire en apportant des changements à l'activité. Le promoteur est souvent le mieux placé pour modifier le projet en vue d'éviter, d'éliminer ou de minimiser les effets préjudiciables.

Dans l'exercice de son rôle de réglementation, la Couronne peut également imposer des modalités à des permis, licences ou autorisations, afin d'éviter ou de minimiser les effets préjudiciables. Elle peut également conclure une entente avec le promoteur à la suite de laquelle le promoteur s'engage à prendre des mesures visant à réduire les effets préjudiciables. Lorsqu'il est impossible d'éviter, d'éliminer ou de réduire considérablement les effets préjudiciables, il peut s'avérer approprié de verser une indemnité au groupe autochtone

pour tout effet préjudiciable sur ses droits ancestraux ou issus de traités, établis ou potentiels. Cette indemnité peut prendre de nombreuses formes, notamment le remplacement d'un habitat, le fait de fournir des occasions d'acquiescer des compétences, une formation ou des emplois aux membres du groupe autochtone, l'échange de terrains, des ententes sur les répercussions et les avantages ou une indemnisation en argent.

Lorsqu'il est approprié d'avoir recours à l'accommodement, les ministères et les organismes devraient collaborer avec le groupe autochtone afin de déterminer les solutions qui concilient les intérêts du groupe autochtone et les intérêts sociétaux de tous les Canadiens. Bien qu'il n'y ait aucune obligation que la Couronne et les groupes autochtones se mettent d'accord sur l'accommodement approprié (p. ex., les groupes autochtones n'ont pas de droit de veto), toutes les parties doivent faire des efforts suffisants pour trouver des solutions qui permettront d'accommoder les effets préjudiciables du projet sur les droits ancestraux ou issus de traités, établis ou potentiels.

Lorsque les mesures d'accommodement proposées par le promoteur ou les autres parties sont acceptables pour le groupe autochtone, la Couronne fédérale devra déterminer s'il est approprié d'adopter ces mesures pour remplir son obligation de consulter (principe directeur et directive n° 7). Lorsqu'elle s'appuie sur les mesures d'accommodement proposées par un promoteur ou une autre partie, la Couronne doit s'assurer que ces mesures constituent un accommodement adéquat pour le groupe autochtone à l'égard des effets préjudiciables sur leurs droits ancestraux ou issus de traités.

Au moment d'envisager des options appropriées d'accommodement, les ministères et les organismes doivent :

- ❖ travailler en collaboration afin de comprendre comment les mandats des ministères et des organismes fédéraux participants peuvent contribuer à aider la Couronne à accommoder les effets préjudiciables sur les droits ancestraux ou issus de traités, établis ou potentiels (principe directeur et directive n° 5);

- ❖ Déterminer périodiquement si la Couronne a démontré à l'office ou au tribunal, selon le cas, qu'une consultation adéquate a eu lieu;

- ❖ Tout au long du processus de consultation, veiller à ce que les renseignements pertinents soient partagés avec les ministères et les organismes du gouvernement concernés par les consultations. Dans un but d'efficacité, on conseille aux gestionnaires d'examiner périodiquement les pratiques de coordination et de partage d'information;

- ❖ Suivre les mécanismes de règlement de différends convenus mutuellement pour résoudre les conflits à mesure qu'ils se présentent et pour éviter les litiges liés au processus de consultation et d'accommodement.

Étape 2 : Documenter, cataloguer et archiver tous les comptes rendus des réunions de consultation de la Couronne et toute autre correspondance

Voici des pratiques exemplaires à adopter en ce qui concerne la tenue de dossiers :

- ❖ Mettre les dossiers à jour régulièrement;

- ❖ Fournir aux ministères et organismes concernés par les consultations de la Couronne, le même niveau

- ❖ Communiquer l'information en temps opportun aux ministères et organismes;

- ❖ Veiller à ce que les documents soient classés en fonction d'une norme établie dans un système de gestion des documents auquel tous les ministères et organismes qui participent au processus de consultation ont accès;

- ❖ Faire en sorte que tous les documents soient facilement accessibles et qu'ils soient classés en utilisant la classification de sécurité appropriée;

- ❖ Préserver la mémoire organisationnelle d'un dossier de consultation.

Étape 3 : Élaborer et tenir à jour un tableau de suivi de la gestion des enjeux

Un tableau sur la gestion des enjeux devrait être créé et inclure un résumé de ce qui suit :

- ❖ Les préoccupations des Autochtones à l'égard des effets préjudiciables potentiels d'une activité sur leurs droits ancestraux ou issus de traités, établis ou potentiels;

- ❖ Les efforts de la Couronne en vue de traiter des questions soulevées par les groupes autochtones au sujet des effets préjudiciables potentiels de l'activité sur leurs droits ancestraux ou issus de traités, établis ou potentiels;

- ❖ Toutes les communications envoyées aux groupes autochtones pour les informer des mesures qui ont été prises pour prendre en compte leurs préoccupations;

- ❖ Toutes les questions en suspens entre la Couronne et les groupes autochtones concernant des renseignements expliquant pourquoi ces questions n'ont pas été résolues et certaines des difficultés rencontrées à l'égard de ces questions. Si l'intention est d'aborder ces questions à une date ultérieure, fournir une justification du calendrier et un plan de mise en œuvre et de suivi.

Étape 4 : Ajuster le processus de consultation et d'accommodement au besoin

Le processus de consultation devrait être adaptable et souple. Les fonctionnaires doivent ajuster le processus à mesure que de nouveaux renseignements au sujet de la solidité d'une revendication ou de la gravité des effets préjudiciables sont présentés ou si un nouveau groupe autochtone dont la revendication est crédible allègue que le projet peut avoir des effets sur ses droits ancestraux ou issus de traités, établis ou potentiels. Si les processus auxquels se fie la Couronne ne lui permettent pas de s'acquitter de son obligation de consulter, d'autres mesures devront être prises.

PHASE 2 : PROCESSUS DE CONSULTATION DE LA COURONNE

Les fonctionnaires devront mettre en œuvre leur plan de consultation et le processus correspondant, et l'adapter s'il y a lieu. L'approche du ministère ou de l'organisme ainsi que le travail effectué pendant la phase d'analyse et de planification préalables à la consultation aideront les fonctionnaires à prévoir et à régler les enjeux et à mener un processus de consultation véritable.

Étape 1 : Mettre en œuvre le processus de consultation

❖ Aviser le ou les groupes autochtones de l'activité proposée, fournir les coordonnées d'une personne-ressource au sein du gouvernement à laquelle ils peuvent adresser des questions ou des préoccupations et, au besoin, offrir de les rencontrer pour discuter de l'activité proposée et des préoccupations qu'ils pourraient avoir;

❖ Fournir aux groupes autochtones, en temps opportun, des renseignements précis et pertinents sur l'activité proposée et tout effet préjudiciable qui pourrait être prévu, afin de leur permettre de faire des commentaires constructifs;

❖ Afin de garantir que les groupes autochtones sont adéquatement informés et en mesure de respecter les échéanciers, les ministères et les organismes fédéraux devraient leur envoyer de l'information par différents moyens, notamment des courriels, des télécopies ou du courrier recommandé. Le courrier recommandé permet de s'assurer que les destinataires ont bien une copie originale dans leurs dossiers; toutefois, cette méthode de correspondance peut être lente. Les courriels et les télécopies garantissent une réception en temps opportun des documents. Une recommandation de faire un suivi par téléphone. Une communication en temps utile facilite un dialogue ouvert et respectueux entre la collectivité autochtone et la Couronne;

❖ Confirmer qui est autorisé à représenter les groupes autochtones concernant leurs droits ancestraux ou issus de traités et leurs intérêts connexes;

- ❖ Déterminer la nature de toute revendication de terres-toires qui se recoupent dans la région de l'activité;
- ❖ Accorder aux groupes autochtones suffisamment de temps pour évaluer les effets préjudiciables de l'activité proposée sur leurs droits et pour se former une opinion sur la question. Les fonctionnaires devraient faire un suivi pour discuter des préoccupations, au besoin;
- ❖ S'assurer que la Couronne répond de manière coordonnée et en temps opportun aux communications envoyées par les groupes autochtones. Afin de faciliter ce travail, les gestionnaires pourraient établir des normes de service ou des modèles de lettres;
- ❖ Tenir compte des préoccupations des groupes autochtones et y répondre de manière cohérente en s'assurant que la Couronne tient compte des arguments, des questions et des préoccupations des Autochtones et qu'elle y donne suite;
- ❖ Pendant le processus de consultation, envisager des moyens d'éviter ou d'atténuer les effets préjudiciables de l'activité sur les droits ancestraux ou issus de traités, établis ou potentiels, et sur les intérêts connexes;
- ❖ Selon la nature des préoccupations, veiller à ce que le promoteur tiers participe à la discussion sur les mesures de prévention ou d'atténuation des effets préjudiciables potentiels du projet. Le promoteur est habituellement le mieux placé pour modifier le projet afin d'éviter ou d'atténuer les effets préjudiciables (p. ex., déterminer l'emplacement de bassins, l'itinéraire des pipelines, alignement des routes, etc.);
- ❖ Revoir périodiquement, pendant le processus de consultation, dans quelle mesure il est possible de s'appuyer sur les évaluations environnementales ou les processus réglementaires, au fur et à mesure de leur mise en œuvre, et comment l'information générée dans ces processus peut être utilisée par la Couronne pour s'acquitter, en tout ou en partie, de son obligation de consulter;

Un dossier de consultation typique comprend :

- ❖ la date et l'heure des correspondances ou des réunions;
- ❖ où la réunion a eu lieu et qui y a assisté;
- ❖ les renseignements partagés avec les groupes autochtones concernant l'activité proposée et le processus de consultation qui s'y rapporte;
- ❖ des commentaires reçus des groupes autochtones;
- ❖ des réponses du ministère ou de l'organisme aux préoccupations et aux demandes de renseignements des groupes autochtones en lien avec le processus de consultation;
- ❖ la justification des principales décisions prises par rapport à l'activité.

Toute la correspondance avec les groupes autochtones (lettres, courriels, notes prises lors des appels téléphoniques, notes de réunions avec les groupes autochtones) devrait être conservée et classée dans le système de gestion des dossiers.

Il est également recommandé que les fonctionnaires fédéraux indiquent qui a créé le dossier et qui a effectué l'activité consignée.

- ❖ un plan de consultation;
- ❖ la correspondance et les notes de réunions entre les ministères et les organismes fédéraux et les groupes autochtones à l'égard de l'activité envisagée;
- ❖ la correspondance détaillant chaque communication avec les groupes autochtones concernant l'activité envisagée (lettres, appels téléphoniques, etc.);
- ❖ des lettres d'opinion des groupes autochtones concernant le projet proposé ou la conduite envisagée par la Couronne;
- ❖ une évaluation des effets préjudiciables de l'activité envisagée;
- ❖ une analyse de la solidité de la revendication de droits ancestraux;
- ❖ les conseils juridiques demandés au cours du processus de consultation;
- ❖ des avis de séances de consultation ou de fonds débloqués (p. ex., fonds d'aide financière aux participants);
- ❖ des tableaux de suivi de la gestion des enjeux.

Étape 7 : Veiller à ce qu'un système de gestion et de classement des dossiers soit en place

Les ministères et les organismes fédéraux devraient aborder la consultation avec les Autochtones en étant conscients qu'ils pourraient (1) devoir accéder à leurs dossiers ou à d'autres dossiers de la Couronne pendant le processus de consultation et (2) avoir à prouver l'intégrité et l'intégrité du processus à une date ultérieure. À cette fin, les ministères ou les organismes fédéraux qui n'ont pas de système de gestion des dossiers pour les consultations entre les Autochtones et la Couronne devraient élaborer et utiliser une approche et un format cohérents de tenue des dossiers à chaque étape du processus de consultation et d'accommodement.

Un système efficace de tenue des dossiers devrait garantir que les informations sont accessibles, faciles à chercher et à récupérer, et fiables. Il devrait également permettre le partage des documents entre les ministères et les organismes fédéraux et tenir compte des niveaux de classification de sécurité et des aspects liés à la protection des renseignements personnels. Lorsque plusieurs ministères et organismes sont engagés dans un processus de consultation, un système centralisé de conservation des dossiers est essentiel afin de garder un dossier de consultations complet. Par exemple, le Bureau de gestion des grands projets et l'Agence canadienne d'évaluation environnementale ont créé un système de gestion centralisé des dossiers de la Couronne, à l'intention des ministères et des organismes fédéraux qui mènent des consultations avec les groupes autochtones concernant de grands projets de ressources naturelles.

Des exemples de renseignements susceptibles de constituer des dossiers de la Couronne peuvent comprendre :

- ❖ des renseignements généraux et techniques sur le projet proposé;
- ❖ tout renseignement pertinent au sujet des groupes autochtones qui pourraient être touchés par l'activité envisagée;

- ❖ coûts de déplacement;
- ❖ préparation d'études scientifiques, techniques et juridiques en vue de fournir des conseils relatifs à la consultation;
- ❖ analyses et rapports liés aux activités de consultation et d'accommodement et aux effets potentiels sur les droits ancestraux ou issus de traités, établis ou potentiels, et sur les intérêts connexes;
- ❖ formation;
- ❖ honoraires (par exemple pour la facilitation, la rédaction de documents, la traduction et l'interprétation);
- ❖ communication et impression;
- ❖ recherche et développement;
- ❖ utilisation des terres, connaissance et utilisation ancestrales ou planification, gestion et mise en œuvre des ressources ciblées;
- ❖ frais administratifs.

Les fonctionnaires doivent :

- ❖ assurer le suivi des transferts de fonds aux fins de la consultation et de l'établissement de rapports, comme il est exigé par la loi et les politiques, les directives, les lignes directrices et les pratiques du Secrétariat du Conseil du Trésor;
- ❖ il convient de rechercher des occasions, par le biais d'accords ou de protocoles d'entente avec d'autres ministères et organismes fédéraux, avec des gouvernements provinciaux et territoriaux et avec l'industrie, de partager des exigences en matière de capacité liée à la consultation. Un dialogue ouvert et transparent peut améliorer l'efficacité et réduire les coûts pour toutes les parties concernées;

- ❖ rechercher aussi des possibilités de favoriser les regroupements de groupes autochtones (s'il n'en existe pas encore) afin d'augmenter l'efficacité et de diminuer les coûts grâce à des efforts collectifs. Toutefois, il est important d'être prudent et de ne pas imposer de regroupements comme mesure d'économie de coûts et de temps au risque de s'aliéner les groupes concernés.

Prévoir les demandes d'appui

Comme il a été mentionné plus tôt, dans certains cas, les groupes autochtones peuvent tenter d'obtenir de l'appui (financier ou autre) afin de participer au processus de consultation. Les tribunaux ont indiqué, comme règle générale, que la consultation doit être véritable et le processus raisonnable. Les tribunaux considèrent favorablement l'assistance fournie par le gouvernement, au besoin, en vue d'appuyer la participation des Autochtones au processus de consultation.

Le soutien peut prendre de nombreuses formes, dont la contribution en nature, qui peut être fournie par la Couronne (fédérale, provinciale ou territoriale) ou dans plusieurs cas par le promoteur. Cela peut comprendre une expertise ou des renseignements techniques, du promoteur ou d'autres experts; les coûts de traduction et d'interprétation; la production de documents; les déplacements; le fait de permettre aux groupes autochtones d'accéder aux expertises techniques du gouvernement ou à d'autres données contextuelles pertinentes au sujet des secteurs de ressources et des lois connexes; l'organisation des réunions; et la modification des échéanciers qui aideront les groupes autochtones à évaluer les effets préjudiciables potentiels sur leurs droits.

Si un soutien financier est demandé, les ministères et les organismes doivent évaluer la pertinence et l'étendue de ce soutien. Lorsqu'un ministère ou un organisme tente de transférer des fonds à des groupes autochtones, il doit s'assurer de posséder le programme ministériel et les pouvoirs financiers appropriés. Les fonctionnaires devraient déterminer les autorités du ministère ou les programmes ou les initiatives qui pourraient, au besoin, soutenir la capacité des groupes autochtones. Un soutien financier pourrait également être tiré des fonds d'aide financière aux participants de l'Agence canadienne d'évaluation environnementale, de l'Office national de l'énergie ou de la Commission canadienne de sûreté nucléaire.

- ❖ Les éléments suivants constituent une liste des domaines de capacité pour lesquels un soutien financier a été fourni à des groupes autochtones pour des processus de consultation et d'accommodement :
- ❖ échange de renseignements et sensibilisation;
- ❖ participation à des réunions, y compris des honoraires pour les aînés et d'autres participants;

autochtone pourrait être le point de départ d'une discussion au sujet d'un processus de consultation efficace et véritable.

- ❖ Il est essentiel d'établir un échéancier raisonnable pour la tenue des activités de consultation. Une consultation véritable peut nécessiter plus de temps que prévu; il faut donc veiller à ce que le plan permette une certaine souplesse.

- ❖ Faites en sorte que le processus de consultation commence dès que possible. Prenez en considération les processus fédéraux, provinciaux et territoriaux actuels, comme les évaluations environnementales et les examens réglementaires.

- ❖ Songez également aux audiences des offices et tribunaux administratifs qui participent aux prises de décisions et que la Couronne pourrait utiliser pour remplir son obligation. Dans certains cas, la Couronne pourrait devoir faire la preuve devant des offices ou tribunaux administratifs qu'elle a mené des consultations adéquates. Une consultation engagée tôt dans le processus permet aux parties : de déterminer s'il faut modifier la conduite de la Couronne ou prendre d'autres mesures d'accommodement pertinentes; d'évaluer quels pourraient être ces changements; et d'avoir suffisamment de temps pour faire les changements pertinents (voir les principes directeurs et les directives nos 2 et 3).

- ❖ L'obligation de consulter n'exige pas que la Couronne et les collectivités autochtones soient d'accord sur la façon de régler les questions soulevées lors du processus de consultation. Néanmoins, il pourrait s'avérer utile d'examiner divers moyens de surmonter les désaccords, comme des mécanismes de règlement des différends, afin de minimiser les conflits à mesure qu'ils surviennent et de fournir des solutions de rechange aux litiges pendant la consultation ou l'application des mesures d'accommodement.

- ❖ En ce qui a trait aux droits établis ancestraux ou issus de traités, et compte tenu de la solidité de ces droits, les ministères et les organismes fédéraux doivent travailler en étroite collaboration avec les groupes autochtones afin de trouver des moyens d'éviter les effets préjudiciables sur ces droits. Les fonctionnaires fédéraux devraient faire de même en cas d'effets préjudiciables graves.

sur les revendications territoriales globales? Le groupe autochtone a-t-il conclu une entente relative à l'autonomie gouvernementale?

- ❖ Quels sont les éventuels effets préjudiciables de l'activité proposée sur les droits ancestraux ou issus de traités, établis ou potentiels, dans des domaines comme la chasse, la pêche, le piégeage, la cueillette et le commerce, et sur les intérêts connexes? Par exemple, y aurait-il des effets sur la faune ou son habitat, sur la qualité ou la température de l'eau, y aurait-il un accès restreint aux terres ou aux cours d'eau, une perturbation des techniques ancestrales ou sur les activités de récolte?

- ❖ Quels sont les effets préjudiciables potentiels de l'activité proposée sur les sites archéologiques autochtones, les cimetières ou les autres secteurs d'intérêts pour les Autochtones?
- ❖ Y a-t-il des réserves dans la région? Est-ce que l'activité empiète sur des terres de réserves ou a des effets préjudiciables sur celles-ci?

Conception de processus de consultation efficaces

- ❖ Lors de l'élaboration d'un processus de consultation, tenez compte de ce qui suit :
- ❖ Songez à faire participer les groupes autochtones à l'élaboration de processus efficaces. Par exemple, accepter à l'avance de respecter les objectifs peut aider toutes les parties à concentrer leurs efforts et à bâtir des relations de travail efficaces.
- ❖ Autant que possible, le contenu et le processus doivent être adaptés afin de respecter la situation du groupe autochtone. À cet égard, il est également important de cibler les défis potentiels auxquels la Couronne pourrait faire face dans le cadre du processus de consultation.
- ❖ Bon nombre de groupes de Premières nations, métis ou inuits ont élaboré des politiques, des lignes directrices ou des protocoles de consultation et exigent que la Couronne y adhère. Les fonctionnaires doivent suivre les lignes directrices actualisées et les approches de leur ministère ou organisme. Cependant, le fait de bien comprendre les politiques, les lignes directrices ou les protocoles du groupe

Afin de concevoir des consultations véritables, une connaissance approfondie des enjeux dans les collectivités ou les régions concernées peut aider à évaluer avec justesse les effets de l'activité proposée sur une collectivité en particulier, sur ses territoires traditionnels ainsi que sur ses revendications,

il est important de connaître les groupes autochtones que vous consulterez, et de les faire participer tôt, afin qu'ils aient l'occasion d'expliquer de quelle manière leurs droits ancestraux ou issus de traités, établis ou potentiels, ou tout autre intérêt connexe, pourraient être affectés par l'activité proposée.

Parmi les questions et enjeux à prendre en considération, notons les suivantes :

- ❖ Quelles collectivités autochtones pourraient subir un effet préjudiciable à cause de l'activité?
- ❖ Que sait-on au sujet des collectivités autochtones qui vivent dans la région et qui revendiquent ou détiennent des droits ancestraux ou issus de traités?
- ❖ Quelles connaissances la Couronne a-t-elle de droits établis ou potentiels des groupes autochtones?
- ❖ Quelle est l'utilisation actuelle et passée par les groupes autochtones des terres, de l'eau ou d'autres ressources naturelles, qui pourraient être affectées par l'activité proposée? Des études d'utilisation ancestrale ont-elles été communiquées, en tout ou en partie, à la Couronne?

- ❖ Y a-t-il plus d'un groupe autochtone qui revendique des droits dans la même région (p. ex., revendications qui se chevauchent)? Si tel est le cas, quels droits sont revendiqués, pour quelles régions et par quels groupes autochtones? Des groupes autochtones revendiquent-ils un titre aborigène (p. ex., occupation et droits exclusifs du territoire, de l'eau ou des ressources naturelles à l'emplacement et dans la région de l'activité)?

- ❖ Le groupe autochtone négocie-t-il son autonomie gouvernementale, un traité ou des revendications particulières? Renseignez-vous sur l'histoire, la nature et l'état de ces négociations;

- ❖ Des droits ancestraux ont-ils été déclarés par un tribunal? Les droits issus de traités ont-ils été négociés dans un traité historique ou dans le cadre d'ententes

Les groupes autochtones qui seraient consultés doivent être avisés que le Canada entend se fier, en tout ou en partie, au processus de consultation de la province ou du territoire et tiendra compte de toute mesure d'accommodement ou de tout accord qui pourrait être conclu pour s'acquitter de ses obligations. Les groupes autochtones peuvent choisir de communiquer différents renseignements dans le cadre d'un processus provincial ou territorial plutôt que dans un processus fédéral. Si le processus provincial ne comprend pas une participation véritable de tous les groupes autochtones dont la contribution permettrait au gouvernement fédéral de s'acquitter de son obligation de consulter, il peut s'avérer nécessaire pour un ministère ou un organisme fédéral d'aller au-delà du processus provincial.

En prenant en considération les renseignements recueillis pendant les autres processus, les fonctionnaires fédéraux doivent déterminer quels éléments supplémentaires doivent être inclus dans l'élaboration du processus de consultation de la Couronne. Quel type de renseignements est toujours nécessaire? Quelles questions sont encore à discuter avec les groupes autochtones? En tenant compte de l'expertise requise pour régler les questions en suspens, d'autres ministères ou organismes devraient-ils participer à cette consultation?

Déterminer qui consulter

La Couronne doit consulter directement les collectivités autochtones qui ont des droits ancestraux ou issus de traités, établis ou potentiels. Il est essentiel de se souvenir que les organisations politiques ne sont pas nécessairement les détentrices des droits, même si elles peuvent être autorisées à agir au nom des collectivités autochtones qui détiennent ces droits.

Avant de consulter une organisation représentative des détenteurs de droits, la Couronne doit s'assurer que les dirigeants et les membres sont d'accord. Par exemple, l'organisation représentative peut fournir au ministère ou à l'organisme une lettre qui confirme que la collectivité accepte d'être représentée par eux dans le cas de l'activité envisagée. Le rôle de ces organisations consiste généralement à fournir un appui informationnel, organisationnel, administratif et politique aux collectivités autochtones.

quelles représentent. S'il est difficile de déterminer qui sont les porte-parole appropriés des détenteurs de droits ou s'il semble y avoir des dissensions au sein des groupes concernant les personnes qui les représentent ou parlent au nom des collectivités, demandez un avis juridique. Il faut vérifier s'il y a des groupes autochtones dont les revendications se chevauchent dans la région de l'activité envisagée. Si c'est le cas, il serait approprié de les inviter à participer au processus de consultation. Il est essentiel de déterminer si le projet sera réalisé dans une réserve ou s'il aura des effets sur une réserve. Si c'est le cas, consultez la Première nation concernée. Si l'activité risque d'avoir des effets à l'extérieur de la réserve en question, par exemple sur les droits d'autres groupes autochtones vivant dans la région, il pourrait être nécessaire de faire des consultations avec ces groupes autochtones. Il faut se renseigner sur le contexte et la situation actuelle des groupes autochtones que vous consulterez (par exemple, langue, géographie, pratiques culturelles, activités saisonnières, interactions avec les fonctionnaires du ministère ou de l'organisme) en cherchant à répondre aux questions suivantes. Par exemple :

- ❖ Quelles sont les caractéristiques de la collectivité (langue, histoire, culture, situation socioéconomique, emplacement, éloignement, etc.)?
- ❖ Qu'est-ce qui est important pour les dirigeants et les membres de la collectivité (intérêts, aspirations, politiques ou directives sur la consultation de la collectivité, étiquette relativement aux réunions et à l'établissement de relations, etc.)?
- ❖ Quelles sont ses relations avec les collectivités voisines?
- ❖ Un protocole d'entente ou un autre protocole ou accord a-t-il été négocié entre la Couronne et les collectivités?
- ❖ Sont-elles actuellement engagées dans des poursuites judiciaires dont la Couronne fédérale ou provinciale est partie?
- ❖ Y a-t-il d'autres éléments à prendre en considération?

- ❖ si, dans certaines circonstances, il est possible d'accéder aux dossiers de consultation pertinents des tiers (p. ex., l'industrie), de la Couronne provinciale ou territoriale ou des offices. Déterminer l'utilité de ces dossiers de consultation pour aider la Couronne à s'acquitter de son obligation de consulter.

Collaboration fédérale-provinciale ou territoriale

Une fois la personne-ressource désignée au niveau provincial ou territorial, il faut élaborer une approche de collaboration. Cette discussion pourrait comprendre :

- ❖ une entente au sujet des rôles que doivent jouer respectivement les ministères fédéraux et provinciaux ou territoriaux pendant le processus de consultation (p. ex. présence du gouvernement fédéral aux séances de consultation, tenue de certaines séances par un ministère ou un organisme fédéral et d'autres par la province ou le territoire, l'utilisation, en tout ou en partie, par le ministère ou l'organisme fédéral du rapport de consultation de la province, inclusion dans des accords ou autres arrangements de mesures pour répondre aux préoccupations liées à des effets préjudiciables potentiels, etc.);
- ❖ une entente au sujet de l'échange d'information entre les ministères et organismes fédéraux et provinciaux ou territoriaux. Il peut y avoir des raisons stratégiques ou découlant de politiques pour lesquelles tous les renseignements ne peuvent être partagés. Les fonctionnaires fédéraux ne devraient pas tenir pour acquis qu'ils ont accès à tous les renseignements recueillis pendant le processus de consultation provincial;
- ❖ une entente sur la façon d'informer les groupes autochtones de l'activité proposée. Cet avis peut prendre la forme d'une lettre conjointe avec la province ou le territoire concerné, ou distincte, ou de toute autre communication. L'avis doit être remis avant les consultations pour que les groupes autochtones soient au courant du processus;
- ❖ une entente sur l'échéancier.

La communication et la coordination pendant le processus de consultation sont essentielles pour déterminer tôt dans le processus les questions et les solutions.

Les fonctionnaires fédéraux doivent déterminer :

- ❖ s'il y a des lois ou des accords qui nécessitent la consultation de groupes autochtones. Les exigences relatives à la consultation de ces lois ou accords doivent être respectées. Il faut déterminer dans quelle mesure elles peuvent aider la Couronne à satisfaire à son obligation de consulter et, le cas échéant, de trouver des accommodements;
- ❖ si le tiers promoteur ou le gouvernement provincial ou territorial prévoit consulter des groupes autochtones pouvant être affectés. Par exemple, un gouvernement provincial ou territorial pourrait consulter dans le cadre d'un processus d'évaluation environnementale ou d'un autre examen public;
- ❖ s'il y a des occasions pour le ministère ou l'organisme fédéral de participer au processus de consultation du tiers, ou d'une province ou d'un territoire, ou de s'appuyer sur les renseignements recueillis pendant n'importe quel processus mis en place pour l'aider à s'acquitter de son obligation de consulter. Le processus que la Couronne désire utiliser comprend-il tous les éléments nécessaires à un processus de consultation véritable? (Voir le principe directeur et la directive n° 4);
- ❖ si l'activité envisagée par le gouvernement fédéral doit faire l'objet d'un processus d'évaluation environnementale fédérale, d'une audience de l'Office national de l'énergie ou de la Commission canadienne de sûreté nucléaire ou d'un processus d'examen réglementaire. Il est important de tenter d'incorporer les résultats de ces processus aux consultations de votre ministère ou organisme;
- ❖ s'il y a des limites à l'utilisation que peut faire le ministère ou l'organisme fédéral des processus afin et des renseignements générés par ces processus afin de s'acquitter de son obligation. Si tel est le cas, quelle est la nature de ces limites?

- ❖ si des offices ou des tribunaux administratifs doivent participer au processus de consultation et, si oui, de quelle façon, et en quoi consiste leur mandat et leurs pouvoirs;
- ❖ si la conduite envisagée par la Couronne est soumise à des échéanciers, prévus ou non par la loi. Dans le cas d'une activité engagée par un tiers, quels sont les échéanciers du projet;
- ❖ un responsable du processus de consultation de la Couronne. Le responsable peut changer lorsque le projet évolue et passe du processus d'évaluation environnementale à une phase réglementaire de délivrance de permis. Au moment de choisir un ministère ou un organisme responsable, demandez-vous lequel dirige l'activité proposée, par exemple un projet d'infrastructure de la Couronne ou d'aliénation d'un bien immobilier, lequel est responsable d'émettre les autorisations relatives à l'activité proposée, lequel est susceptible de causer les effets préjudiciables les plus importants, lequel est le mieux placé pour prendre la responsabilité de mener les consultations et de donner suite aux préoccupations des Autochtones;
- ❖ les coordonnées du ministère ou de l'organisme responsable, et déterminer si cette information a été clairement communiquée à toutes les parties concernées par les consultations;
- ❖ quels programmes et politiques du gouvernement fédéral pourraient orienter le processus de consultation, être pertinents ou prendre en compte les préoccupations des groupes autochtones (négociation de revendications globales, négociation de revendications particulières, négociation de l'autonomie gouvernementale, droits fonciers issus de traités, ajouts aux réserves, développement économique, politiques d'approvisionnement, directives pertinentes du Conseil du Trésor sur les paiements de transfert, etc.);
- ❖ si on envisage d'exercer l'activité proposée dans une réserve ou si elle est susceptible d'avoir des effets préjudiciables sur la réserve. Il est important de noter que l'obligation de consulter de la Couronne s'applique dans ces circonstances. Les décisions concernant les activités dans les réserves peuvent toutefois être assujetties à différentes lois comme la *Loi sur les Indiens*, la *Loi sur la gestion des terres des Premières*

Utiliser d'autres processus pour soutenir la prise de décisions

- ❖ *nations ou la Loi sur le développement commercial et industriel des Premières nations*, ainsi qu'à des processus d'approbation. Des règlements adoptés par les Premières nations pourraient également s'appliquer. Communiquez avec la Première nation directement pour obtenir de l'information sur ses lois, son code foncier et ses procédures administratives. Vous pouvez communiquer avec l'agent régional des terres d'AINIC pour savoir quelles lois s'appliquent;
- ❖ déterminer si une activité proposée qui doit être exercée dans une réserve est susceptible d'avoir des effets préjudiciables sur les droits ou les intérêts d'autres collectivités autochtones; dans ce cas, ces autres collectivités pourraient devoir être consultées aussi;
- ❖ en ce qui a trait à d'autres activités de la Couronne, déterminer quels processus de consultation au sein de votre ministère ou organisme (ou d'un autre ministère ou organisme) sont en cours avec les mêmes groupes autochtones et, le cas échéant, s'il est possible de coordonner vos efforts afin d'éviter des processus de consultation à répétition;
- ❖ déterminer si des forums et des relations de travail existent entre la Couronne et les groupes autochtones (comités, conseils, tables rondes, ententes de consultation, etc.) qui peuvent vous aider si vous devez entreprendre des consultations.

Les fonctionnaires devraient déterminer si d'autres processus ayant un élément de consultation ont été ou seront utilisés par des entités fédérales, provinciales ou territoriales, notamment des offices, commissions ou tribunaux, ou par des tiers. Les fonctionnaires peuvent utiliser les renseignements recueillis lors des processus, comme les évaluations environnementales et d'autres processus d'examen publics ou réglementaires qui incluent une consultation des Autochtones pour l'aider à s'acquiescer de l'obligation de consulter. Si les processus que la Couronne cherche à utiliser ne produisent pas de consultation véritable, les fonctionnaires fédéraux doivent entreprendre des consultations supplémentaires. Veuillez consulter les principes directeurs et les directives nos 6 et 7.

- ❖ un développement économique durable équilibré par une connaissance des effets cumulatifs et par une gestion de l'environnement;
- ❖ de l'ouverture quant à la possibilité de modifier la proposition initiale et, au besoin, de ne pas exécuter du tout le projet ou la décision.

Définir les rôles et responsabilités et les occasions de coordination

Si plus d'un ministère ou organisme est concerné dans les consultations de la Couronne pour une activité proposée, les fonctionnaires devraient déterminer la contribution que pourrait faire leur ministère ou organisme au travail de consultation et d'accommodement en tenant compte de leur mandat. Des mécanismes efficaces de collaboration et de coordination, comme des équipes interministérielles et des protocoles d'entente, seront essentiels au processus de consultation. Ces mécanismes de coordination devraient être révisés régulièrement par les gestionnaires afin de régler les enjeux et d'assurer l'efficacité. Comme il est indiqué au principe directeur et à la directive n° 5, la coordination comprend le choix d'un ministère responsable de la consultation.

Les fonctionnaires fédéraux doivent déterminer :

- ❖ si d'autres ministères ou organismes doivent participer, compte tenu de leur mandat, et si plus d'un ministère ou organisme fédéral est concerné, est-ce qu'une équipe interministérielle a été mise sur pied. Par exemple, a-t-on communiqué avec la Première nation ou AINC si l'activité proposée doit être réalisée dans une réserve, si elle est susceptible d'avoir des répercussions sur la réserve ou si les terres font l'objet d'accords aux termes d'un traité, de la négociation d'un traité, de revendications relatives à l'autonomie gouvernementale ou de revendications territoriales particulières;
- ❖ si d'autres entités de la Couronne, comme des sociétés de la Couronne et des administrations provinciales, et territoriaux ou des tiers sont susceptibles d'être concernés. Dans ce cas, ont-ils compétence sur le territoire ou les ressources qui pourraient être touchés par l'activité fédérale en question;

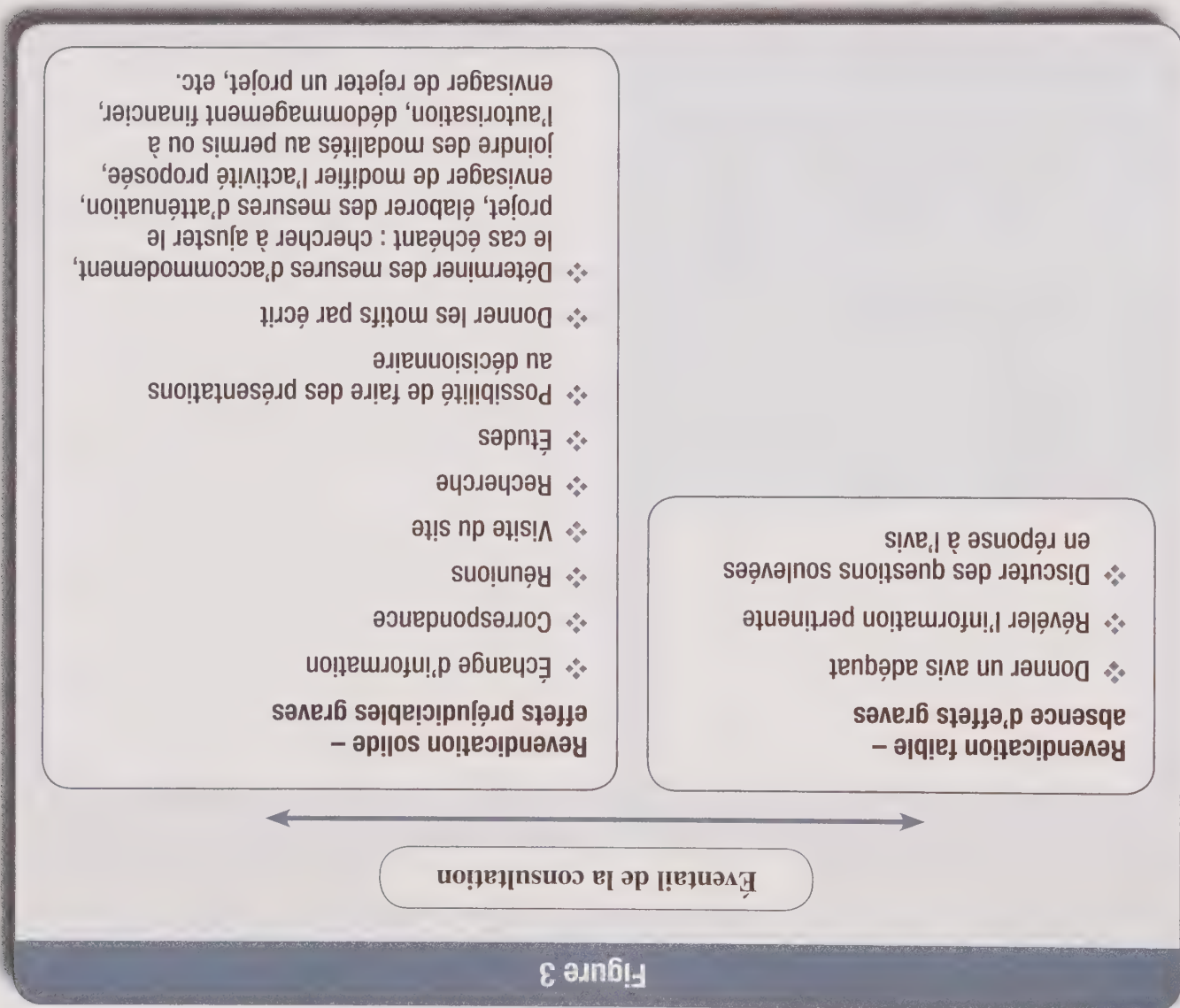
Le principe directeur et la directive n° 4 résument les éléments clés d'un processus de consultation véritable et reflètent ce que les groupes autochtones du pays ont déclaré pendant les discussions préparatoires (2005-2006), le processus de dialogue en vertu du Plan d'action du Canada (2008-2010) et dans d'autres forums sur la consultation et l'accommodement :

- ❖ une approche ouverte, souple et adaptée de la Couronne;
- ❖ des processus inclusifs pour gérer les enjeux, prendre des décisions et assurer la reddition de comptes;
- ❖ des consultations engagées tôt et des discussions axées sur les politiques avec les collectivités au sujet de l'accommodement, avec l'objectif d'éviter ou d'atténuer les effets préjudiciables;
- ❖ la sollicitation proactive de la participation des Autochtones et l'écoute active de leurs préoccupations;
- ❖ de vraies occasions d'orienter et d'influencer les décisions avant qu'elles ne soient prises;
- ❖ de l'aide pour appuyer la participation véritable des groupes autochtones dans le processus de consultation;
- ❖ des échéanciers relatifs au partage des informations et aux réponses appropriées et adaptées aux circonstances particulières;

- ❖ la prise en compte sérieuse des commentaires pendant le processus de consultation et avant toute décision;
- ❖ des réponses claires et directes sur la façon dont les préoccupations ont été traitées ou la raison pour laquelle cela n'est pas possible;
- ❖ une meilleure coordination, coopération et collaboration entre la Couronne et l'industrie à l'égard des consultations auprès des Autochtones;

- ❖ la prise en compte de l'accommodement comme faisant partie d'un processus de consultation véritable. Au moment d'examiner les options en matière d'accommodement, il est important de prendre sérieusement en compte le point de vue des Autochtones, leurs préoccupations et les options visant à traiter les effets sur les droits ancestraux ou issus de traités, établis ou potentiels, ainsi que sur les intérêts connexes;

Figure 3



Étape 6 : Concevoir la forme et la teneur du processus de consultation

L'évaluation par la Couronne de l'étendue de l'obligation de consulter et, le cas échéant, de trouver des accommodements et les approches à la consultation du ministère et de l'organisme (voir la partie B) guideront l'élaboration d'un processus de consultation. À mesure que le processus de consultation se déroule et que de nouveaux renseignements sont obtenus, la forme et le contenu du processus peuvent changer afin de refléter les changements à l'étendue de la consultation qui sera requise. Le processus de consultation doit donc être souple. Au moment d'élaborer un processus de consultation, les fonctionnaires devraient être au courant des interactions, des processus et des négociations

existants entre les groupes autochtones visés et les autres ministères et organismes fédéraux qui pourraient appuyer l'élaboration d'un processus de consultation efficace. Il est essentiel de fixer des buts et des objectifs et de rédiger des questions d'évaluation qui aideront les fonctionnaires fédéraux à déterminer l'efficacité des mesures et des décisions prises aux étapes clés du processus. De plus, lorsque les fonctionnaires se préparent à mettre leur activité en œuvre, ils devraient faire leur possible pour s'employer à ce que le processus de consultation permette d'éviter ou de minimiser les effets préjudiciables de la conduite envisagée par la Couronne sur les droits ancestraux ou issus de traités, établis ou potentiels, et prendre en compte tout intérêt connexe.

Dans certains cas, le traité établit les éléments que les parties considèrent comme un niveau de consultation approprié (si le traité exige la consultation), notamment un avis approprié concernant une question à trancher suffisamment détaillé pour permettre à cette partie de préparer son opinion en la matière, une période raisonnable pendant laquelle la partie sera consultée et la possibilité de présenter ses opinions à la partie qui a l'obligation de consulter, ainsi que l'examen juste et entier des opinions présentées par la partie qui a l'obligation de consulter.

Une fois qu'il a été établi que la Couronne a l'obligation de consulter, les ministères et les organismes concernés par l'activité doivent travailler en collaboration afin d'évaluer l'étendue de cette obligation. L'évaluation préliminaire de l'étendue de la consultation peut changer à mesure que la consultation se déroule et que davantage de renseignements sont présentés concernant des effets préjudiciables potentiels de l'activité proposée sur les droits ancestraux ou issus de traités d'une collectivité autochtone.

Les ministères et les organismes doivent veiller à ce que les évaluations de l'étendue de l'obligation soient bien documentées. Les gestionnaires peuvent aider les fonctionnaires à évaluer l'étendue de l'obligation de consulter en s'assurant qu'ils ont accès aux évaluations précédentes pour des activités semblables exercées dans les environs. Toutefois, il est important de garder à l'esprit que la consultation par la Couronne, y compris l'analyse de la solidité d'une revendication, ne constitue pas un processus d'établissement de droits conçu pour établir les droits d'un groupe autochtone.

La conception du processus de consultation devrait refléter l'évaluation et tous les changements qui y ont été apportés (voir la figure 3 à la page suivante).

Le ministère de la Justice peut aider les gestionnaires et les responsables à déterminer quand il y a lieu de demander des conseils juridiques dans l'élaboration d'une analyse de la solidité d'une revendication.

Les documents par lesquels la Couronne peut être informée de l'existence d'une revendication ou qui contiennent des renseignements historiques à l'appui d'une revendication comprennent : les brefs de protection et autres poursuites en justice intentées par les groupes autochtones, des déclarations publiques faites par les groupes autochtones ou des lettres qu'ils ont adressées à la Couronne au sujet de leurs droits établis ou potentiels, ancestraux ou issus de traités, des travaux de recherche et des rapports ethnohistoriques ou des études semblables présentées par les groupes autochtones aux fins d'un processus de négociation de revendications, des études de connaissances et d'utilisation traditionnelles effectuées par les groupes autochtones aux fins d'un processus d'évaluation environnementale ou de la documentation préparée par les groupes autochtones aux fins de litiges. Il peut être nécessaire de tenir compte du caractère confidentiel de certaines de ces sources.

D'autres facteurs peuvent influencer la décision de la Couronne de consulter un groupe autochtone, comme la participation du groupe à un processus de négociation d'une revendication territoriale globale ou particulière.

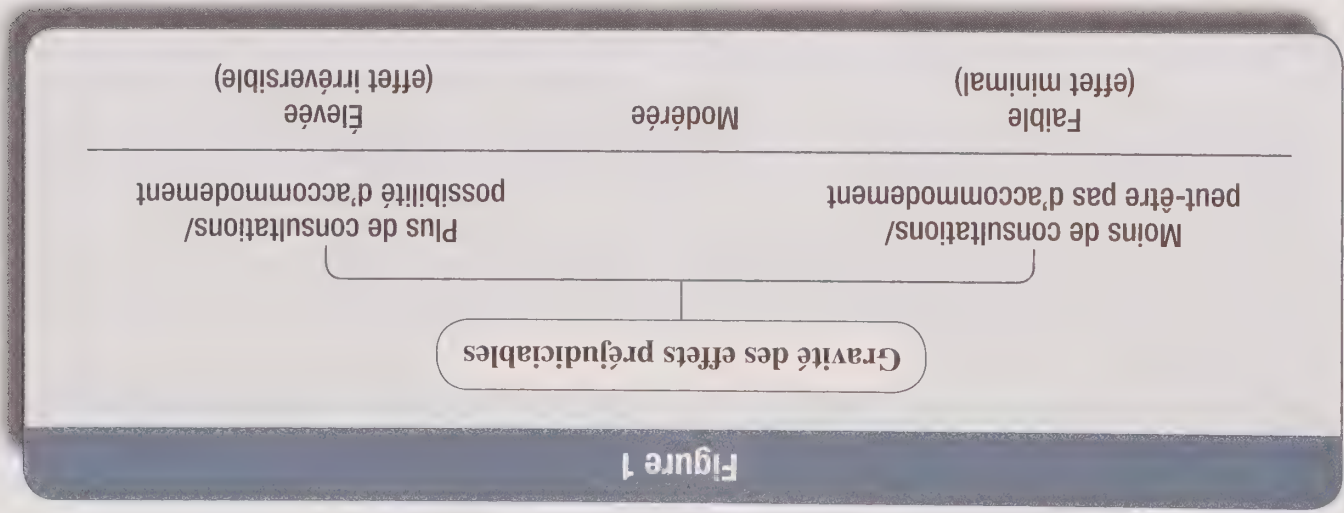
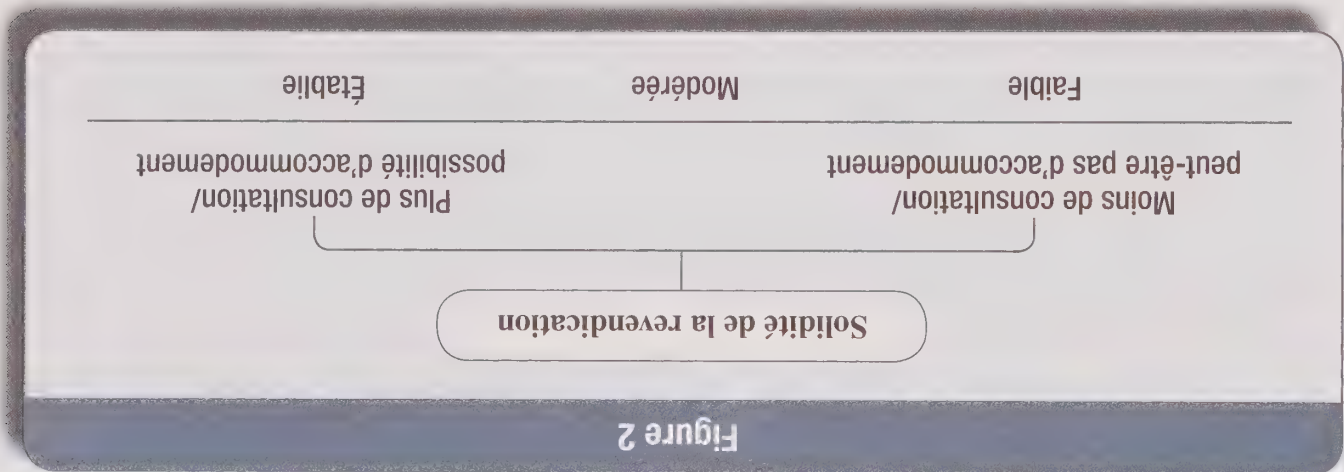
Lorsque la Couronne traite avec un groupe autochtone signataire d'un traité moderne, la première étape consiste à étudier les dispositions de l'accord et à tenter de déterminer quelles sont les obligations respectives des parties et si une forme quelconque de consultation est prévue dans le traité proprement dit. Il est important de garder à l'esprit le fait que la Couronne ne peut pas déléguer son obligation de traiter honorablement avec les Autochtones, même si la forme de la consultation peut être dictée par l'accord des parties au traité – la doctrine s'applique indépendamment du traité lui-même.

En fonction de l'expérience, les fonctionnaires devraient être en mesure de prévoir les effets préjudiciables potentiels du type habituel de conduite de la Couronne de leur ministère ou organisme (voir la partie B). La nature et le niveau de gravité des effets préjudiciables potentiels d'une activité proposée seront plus facilement détectables pour les fonctionnaires à mesure que les renseignements provenant des groupes autochtones sont rassemblés, dans le cadre d'une relation continue et du partage d'informations, ou pendant un processus de consultation précis.

L'évaluation de la solidité d'une revendication consiste en une analyse historique et anthropologique des faits d'une revendication spécifique d'un groupe autochtone dans la région de l'activité envisagée. Lorsqu'ils effectuent cette

évaluation, les fonctionnaires fédéraux devraient trouver la réponse aux questions suivantes :

- ❖ Quelle est la nature et la portée des droits revendiqués?
- ❖ Le groupe autochtone a-t-il toujours occupé la région?
- ❖ Le groupe occupe-t-il encore la région? S'il ne l'occupe plus, à quelle période l'occupait-il?
- ❖ Quelles étaient historiquement leurs pratiques traditionnelles et quelles sont leurs pratiques aujourd'hui?
- ❖ Le groupe autochtone allègue-t-il que les droits revendiqués étaient en vigueur avant le contact avec les Européens (ou dans le cas des Métis, avant son assujettissement aux lois)? Exerce-t-il encore ces droits aujourd'hui sous une forme traditionnelle ou modernisée?



que sur leur nature et leur fondement peuvent aider la Couronne à déterminer s'il y a obligation de consulter et quel rôle, le cas échéant, les consultations peuvent jouer dans la planification de l'activité proposée en question.

Si un doute persiste sur l'existence d'une obligation de consultation, les fonctionnaires doivent se demander s'il y a d'autres raisons juridiques ou des considérations stratégiques pour consulter.

iii) Il y a obligation légale de consulter

Si l'analyse indique que l'activité proposée par la Couronne peut avoir des effets préjudiciables sur des droits ancestraux ou issus de traités, établis ou potentiels, elle a alors l'obligation de consulter et, le cas échéant, de trouver des accommodements.

Étape 5 : Évaluer la portée de l'obligation de consulter et, le cas échéant, de trouver des accommodements

L'étendue des consultations et tout accommodement approprié seront déterminés par la solidité de la revendication et la gravité des effets préjudiciables sur des droits ancestraux ou issus de traités, établis ou potentiels. Un certain nombre de facteurs doivent être pris en compte. Lorsque des droits ont été établis (par exemple dans un traité ou par un tribunal qui a reconnu l'existence d'un droit ancestral), il n'est en général pas nécessaire de faire une évaluation de la solidité de la revendication et il faut habituellement entreprendre un processus de consultation plus exhaustif.

Lorsque des droits potentiels sont revendiqués, l'étendue des consultations devra être proportionnelle à la gravité des effets préjudiciables potentiels de la conduite envisagée par la Couronne et la solidité de la revendication des droits ancestraux potentiels revendiqués (Voir les figures 1 et 2 à la page suivante).

Il faut déterminer le niveau de gravité des effets préjudiciables potentiels sur le ou les droits, comme l'illustre la figure 1 à la page suivante, sans oublier qu'il sera peut-être nécessaire de le réévaluer à mesure que se déroule le processus de consultation et que de nouveaux renseignements sont présentés.

i) Absence d'obligation de consulter

L'analyse préliminaire indique qu'il n'y a pas d'obligation de consulter. Par exemple :

- ❖ la Couronne n'envisage aucune conduite;
- ❖ on ne prévoit aucun effet préjudiciable;
- ❖ il n'y a aucun fondement crédible pour appuyer une revendication;
- ❖ la revendication ne porte pas sur des droits de traités ou sur des activités ou pratiques qui pourraient satisfaire au critère sur ce que sont des droits ancestraux.

Il est important de garder à l'esprit le fait que le seul permettant de revendiquer avec crédibilité l'existence de droits ancestraux, à la lumière de la nécessité de maintenir l'honneur de la Couronne, n'est pas élevé. S'il est essentiel qu'il y ait un droit potentiel, il n'est pas nécessaire de faire la preuve que l'existence en est démontrée. Les tribunaux ont invariablement déclaré que la Couronne doit adopter une approche généreuse et fondée sur l'objet visé lorsqu'on tente de déterminer s'il y a obligation de consulter.

Le ministère ou l'organisme pourrait vouloir faire part de sa conclusion au groupe autochtone. Si le groupe autochtone apporte de nouvelles preuves à l'appui de sa revendication ou s'il fournit de nouveaux renseignements sur les effets préjudiciables potentiels, la Couronne doit réexaminer la décision qu'elle a prise selon laquelle il n'y a pas d'obligation de consultation.

ii) Incertitude relative à l'obligation légale de consulter

Si, après l'analyse préalable, il n'y a pas de certitude sur la question de savoir si la conduite envisagée par la Couronne pourrait avoir des effets préjudiciables sur les droits ancestraux ou issus de traités, établis ou potentiels, la Couronne peut vouloir vérifier les résultats de l'analyse préliminaire avec le groupe autochtone.

Des discussions approfondies concernant des effets préjudiciables potentiels de la conduite envisagée par la Couronne sur les droits ancestraux ou issus de traités, établis ou potentiels, et sur les intérêts connexes ainsi

$$\begin{array}{l} \text{CONDUITE} \\ \text{DE LA} \\ \text{COURONNE} \end{array} + \begin{array}{l} \text{EFFETS PRÉJUDICIALES} \\ \text{POTENTIELS SUR} \\ \text{LES DROITS} \end{array} + \begin{array}{l} \text{EXISTENCE DE DROITS} \\ \text{ANCESTRAUX OU ISSUS} \\ \text{DE TRAITÉS, ÉTABLIS} \\ \text{OU POTENTIELS} \end{array} = \begin{array}{l} \text{OBLIGATION DE} \\ \text{CONSULTER} \end{array}$$

❖ les sites Web et les renseignements des groupes autochtones;

❖ les dossiers de consultations entre le gouvernement fédéral, les gouvernements provinciaux ou territoriaux, l'industrie et les groupes autochtones;

❖ les sites Web juridiques (fédéraux, provinciaux et territoriaux) qui font état des décisions, des actions en justice concernant les revendications de droits ancestraux ou issus de traités et de l'interprétation des droits établis ou potentiels;

❖ la couverture médiatique et les déclarations publiques dans lesquelles les groupes autochtones ont affirmé des droits, exprimé des préoccupations ou proposé des résultats escomptés.

Les fonctionnaires fédéraux doivent recueillir tous les renseignements pertinents. Le ministère de la Justice peut alors les aider à propos des questions juridiques qui peuvent survenir dans l'évaluation de la solidité d'une revendication, des revendications qui se chevauchent et de la revendication de droits ou de titres. Un avocat du ministère de la Justice peut également fournir un avis sur l'approche de consultation qu'il convient d'adopter lorsque la Couronne est partie à un litige ou à des négociations avec un groupe autochtone qu'elle pourrait avoir à consulter.

Étape 4 : Effectuer une première détermination quant à l'existence d'une obligation de consulter

Une évaluation initiale des renseignements recueillis à la première, deuxième et troisième étape doit ensuite être effectuée en vue de déterminer s'il y a obligation de consulter découlant de la common law. Ces renseignements permettront également d'établir les fondements

visant à déterminer, à la cinquième étape, la portée de l'obligation et, à l'étape 6, un processus de consultation approprié.

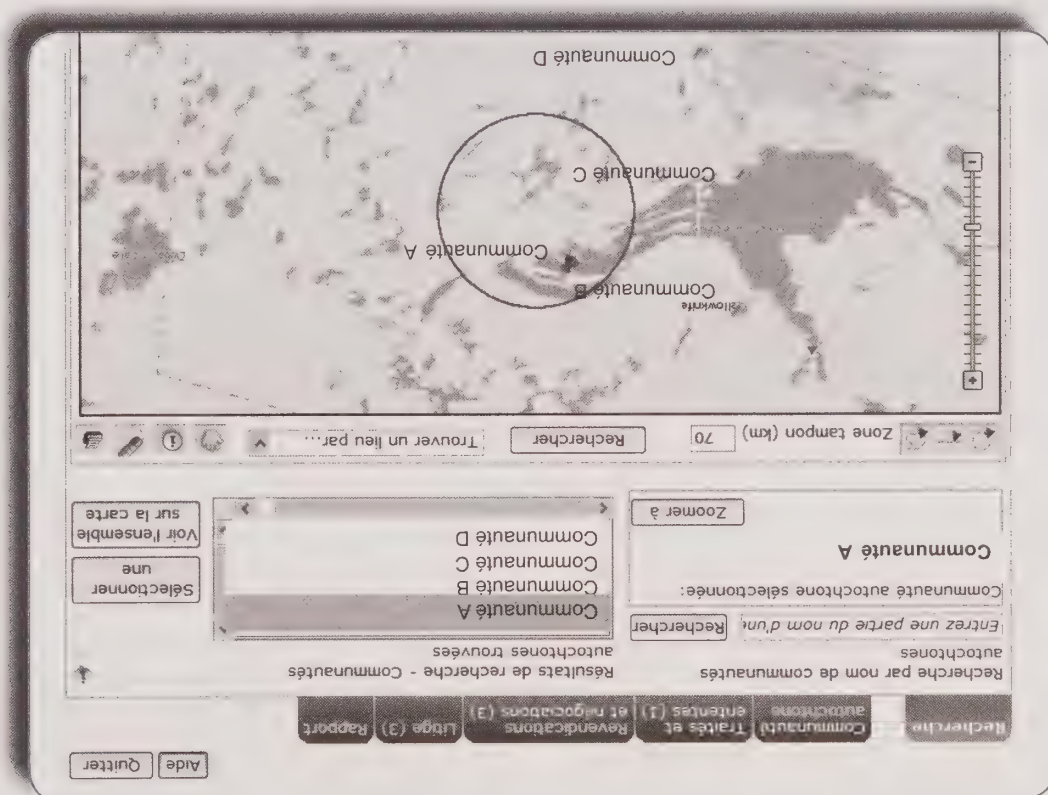
Trois facteurs sont nécessaires pour déclencher l'obligation de consulter découlant de la common law :

- 1) Une conduite est envisagée par la Couronne;
- 2) La conduite envisagée par la Couronne pourrait avoir des effets préjudiciables sur les droits ancestraux ou issus de traités, établis ou potentiels;
- 3) Des droits ancestraux ou issus de traités, établis ou potentiels, existent dans la région.

Les trois facteurs doivent être présents pour qu'il y ait obligation de consulter.

Le seuil pour déterminer si une activité déclenche une obligation de consulter est bas. L'objectif de l'obligation est de déterminer si la conduite envisagée par la Couronne pourrait avoir des effets préjudiciables sur les droits ancestraux ou issus de traités, établis ou potentiels, avant que ces effets ne se produisent. Pour ce faire, il est nécessaire de connaître les droits qui pourraient être touchés par les activités du ministère ou de l'organisme et d'avoir en place un processus permettant de discuter des préoccupations potentielles dès les premières phases de planification et dès le début du processus décisionnel.

Les ministères et les organismes peuvent solliciter les conseils du ministère de la Justice au moment de déterminer s'il y a obligation de consulter. Pour une saine gouvernance et d'autres raisons relatives aux politiques, votre ministère ou organisme peut choisir de consulter qu'il y ait ou non obligation, et cette approche devrait être exprimée aux groupes autochtones consultés.



Autres sources d'informations :

- ❖ les dossiers du ministère et de l'organisme sur les revendications des Autochtones devant les tribunaux, dans le cadre de négociations ou lors de consultations antérieures ou d'autres transactions avec le ministère;
- ❖ il faudrait communiquer avec les Coordonnateurs régionaux de la consultation d'AINC pour de l'aide dans la coordination des mesures de consultation, car ils pourraient être au courant des processus de consultation en cours ou envisagés;
- ❖ les renseignements fournis par les promoteurs aux ministères et aux organismes, ainsi qu'aux conseils et aux tribunaux concernés dans le processus de décisions; les études sur les utilisations traditionnelles, par exemple, celles effectuées dans un contexte d'études sur l'environnement et dans un contexte d'aliénation des terres;
- ❖ les collègues qui ont travaillé avec les groupes autochtones de la région ou qui les ont consultés;
- ❖ les bases de données et les dossiers des autres ministères et organismes, provinces et territoires;

Le Service d'information sur la consultation d'AINC – qui est responsable du Système d'information sur les droits ancestraux et les droits issus des traités – fournit un guichet unique aux autres ministères fédéraux et aux intervenants externes (en particulier ceux qui n'ont pas accès au Système d'information sur les droits ancestraux et les droits issus des traités ou qui ont besoin d'informations supplémentaires sur des droits ancestraux ou issus de traités, établis ou potentiels, au Canada).

Le Service d'information sur la consultation fournira les coordonnées des groupes et dirigeants autochtones, de l'information sur les ententes multipartites, les traités historiques et modernes et leurs dispositions, les revendications globales et particulières, les litiges et autres revendications. Les demandes concernant des projets particuliers peuvent être envoyées à : cau-uca@ainc-inac.gc.ca. Les fonctionnaires chercheront d'abord l'information dans le Système d'information sur les droits ancestraux et les droits issus des traités avant d'envoyer une demande pour une recherche de renseignements additionnels dans le Service d'information sur la consultation.

Étape 3 : Déterminer quels groupes autochtones se trouvent dans la région où la Couronne envisage une conduite et savoir quels sont leurs droits ancestraux ou issus de traités respectifs, établis ou potentiels, ainsi que les intérêts connexes

Pour déterminer si une conduite de la Couronne pourrait avoir des effets préjudiciables sur des droits ancestraux ou issus de traités, établis ou potentiels, dans une région, les fonctionnaires doivent rassembler des informations au sujet de ces droits, qui peuvent comprendre le droit de chasser, de pêcher, de piéger, de cueillir ou de faire du commerce, et qui peuvent avoir été établis par un tribunal ou dans un traité, ou être revendiqués par un groupe autochtone, par exemple dans le cadre d'un litige ou dans le but de négocier un traité.

Lorsque des droits ancestraux sont revendiqués, la Couronne doit procéder à une évaluation préliminaire afin de déterminer si la revendication est fondée et comparer cette évaluation aux renseignements recueillis lors des consultations avec les groupes autochtones. Dans l'éventualité où l'activité proposée pourrait avoir des effets préjudiciables sur les droits de groupes autochtones vivant dans une région, informez-vous au sujet des droits ancestraux ou issus de traités, établis ou potentiels, en question. Par exemple, posez les questions suivantes : quelles sont leurs pratiques traditionnelles; quand et où ces pratiques avaient-elles cours historiquement; ces pratiques ont-elles toujours cours à l'heure actuelle; ou, comment et à quelle période de l'année?

On encourage les ministères et les organismes à obtenir et à partager à l'interne, et avec d'autres ministères et organismes fédéraux, les renseignements à l'égard des droits ancestraux ou issus de traités, établis ou potentiels, des groupes autochtones des différentes régions du pays. Le partage de renseignements régionaux aidera les fonctionnaires à prévoir les effets préjudiciables potentiels sur ces droits et à planifier l'activité fédérale proposée de manière à éviter ou à atténuer ces effets.

Les renseignements concernant les droits ancestraux ou issus de traités, établis ou potentiels, au pays permettront également d'aider les fonctionnaires à élaborer une approche

Le Système d'information sur les droits ancestraux et les droits issus des traités

Le Système d'information sur les droits ancestraux et les droits issus des traités est un système électronique qui réunit des renseignements sur l'emplacement des collectivités autochtones et sur leurs droits ancestraux ou issus de traités, établis ou potentiels. Il s'agit d'une application Web qui utilise la technologie SIG (système d'information géographique) pour géoréférencer les données électroniques contenues dans les bases de données existantes d'AINC.

Le but du Système d'information sur les droits ancestraux et les droits issus des traités est de présenter cette information au moyen d'un seul système, et de la rendre disponible aux fonctionnaires fédéraux. Il fournit de l'information de base sur les collectivités des Premières nations, métisses et inuites et permet d'afficher des cartes qui aideront les fonctionnaires fédéraux à trouver de l'information sur les collectivités, leurs revendications, leurs traités et leurs litiges. Le Système d'information sur les droits ancestraux et les droits issus des traités pourra évoluer avec le temps afin d'inclure des renseignements provenant d'autres sources fédérales.

de la consultation et à appuyer les priorités élargies du ministère ou de l'organisme afin d'établir et de conserver des relations de travail à long terme avec les groupes des Premières nations, métis et inuits.

préjudiciables sur des droits ancestraux ou issus de traités, établis ou potentiels. Si des ministères ou organismes sont chargés d'approuver l'activité d'un tiers, une compréhension détaillée de la nature et de l'étendue de l'activité aidera les représentants de la Couronne à en prévoir les effets préjudiciables potentiels.

Lorsque les effets préjudiciables sont incertains, il est important de déterminer quels groupes pourraient être concernés et quels droits ancestraux ou issus de traités pourraient être touchés. Des discussions engagées tôt avec ces groupes sur l'activité proposée leur permettront d'exprimer les préoccupations. De cette façon, les fonctionnaires auront le temps d'évaluer correctement les effets préjudiciables potentiels et de déterminer les mesures d'évitement ou d'atténuation de ces effets (principe directeur et directive n° 3).

Parmi les questions et les difficultés à prendre en considération, notons ce qui suit :

- ❖ Quels sont les effets probables ou potentiels de l'activité sur les terres, l'eau et les ressources? S'il y a des effets, quels changements dans l'état ou l'utilisation actuelle des terres, de l'eau ou des ressources résulteraient probablement de cette activité? Ces changements sont-ils importants?

- ❖ Les fonctionnaires du ministère ou de l'organisme sont-ils au courant des communications provenant de groupes qui expriment des préoccupations à l'égard de l'activité ou d'activités semblables dans la région?

- ❖ Des groupes ont-ils informé le Canada de leurs préoccupations à l'égard de l'activité proposée, et ont-ils proposé des mesures d'atténuation qui pourraient accommoder les effets préjudiciables sur leurs droits? Discuter d'options en matière d'accommodement avec les décideurs pertinents aussitôt que possible dans le processus de consultation permettra aux fonctionnaires fédéraux d'avoir des discussions pertinentes avec les groupes autochtones plus tard au cours du processus.

- ❖ L'activité touche-t-elle des terres ou des ressources qui font actuellement l'objet de négociations en vue de conclure un traité ou qui font partie d'accords de revendication territoriale globale ou sur l'autonomie gouvernementale?

- ❖ Les effets préjudiciables potentiels sont-ils susceptibles d'être temporaires ou permanents?

- ❖ Des évaluations environnementales ou autres évaluations de l'activité proposée ont-elles été effectuées? Des évaluations environnementales ou autres ont-elles été entreprises pour des activités similaires à proximité de l'activité proposée? Si c'est le cas, ces évaluations ont-elles fait état d'effets préjudiciables?

- ❖ D'autres activités ont-elles lieu dans la même région? Ces activités sont-elles susceptibles d'avoir des effets cumulatifs en combinaison avec d'autres activités dans la même région ou dans les environs?

Aux étapes de conception et de planification de la conduite envisagée par la Couronne, dans le cadre du processus d'évaluation environnementale fédéral et pendant le processus de consultation, les gestionnaires et les fonctionnaires doivent déterminer les mesures pouvant être mises en œuvre pour éviter ou atténuer les effets préjudiciables potentiels du projet sur les droits ancestraux ou issus de traités, établis ou potentiels, ainsi que sur les intérêts connexes.

Les tribunaux ont insisté sur la nécessité de faire preuve de souplesse et de sensibilité, d'être apte et disposé à adapter l'activité en question, et de proposer de bonne foi des options pour tenir compte des préoccupations et des intérêts soulevés au cours des consultations. Il est également important d'être clair et d'expliquer les limites aux changements qui peuvent être apportés à l'activité proposée. Finalement, la Couronne doit démontrer qu'elle a fait de son mieux pour concilier les préoccupations des Autochtones et d'autres intérêts sociaux et que son processus de consultation a été utilisé dans un but de conciliation.

PHASE 1 : ANALYSE ET PLANIFICATION PRÉALABLES À LA CONSULTATION

L'approche du ministère ou de l'organisme en matière de consultation et d'accommodement (voir la partie B) sera utile lors de cette phase. Dès que possible, les fonctionnaires doivent recueillir l'information nécessaire pour évaluer si la Couronne a l'obligation de consulter, l'étendue de l'obligation et la façon d'élaborer un processus de consultation. Les fonctionnaires doivent d'abord évaluer les effets préjudiciables potentiels de la conduite proposée par la Couronne. Ils doivent ensuite déterminer s'il existe dans la région où se déroulerait l'activité des droits ancestraux ou issus de traités, établis ou potentiels, qui pourraient subir des effets préjudiciables.

Étape 1 : Décrire et établir les grandes lignes de la conduite envisagée par la Couronne

La première étape consiste à décrire la conduite envisagée par la Couronne, par exemple une activité de la Couronne ou l'approbation de l'activité d'un tiers, et à déterminer quel ministère ou organisme est responsable de cette activité. Dans leur approche stratégique ou leur évaluation de la consultation et de l'accommodement, les ministères et les organismes fédéraux devraient avoir déjà déterminé quelles activités, politiques, programmes ou décisions stratégiques prises en haut lieu pourraient donner lieu à l'obligation de consulter (voir la partie B).

Les ministères et les organismes devraient déterminer les autres ministères et organismes fédéraux ainsi que les autres ordres de gouvernements qui pourraient être concernés par l'activité, y compris les décisions dont ils sont responsables et tout échéancier découlant d'un règlement, d'une loi ou d'un programme pouvant s'appliquer. Lorsque plusieurs ministères ou organismes sont concernés, un ministère responsable doit être choisi et ses coordonnées doivent être transmises aux ministères et aux organismes pertinents ainsi qu'au ministère de la Justice.

❖ Parmi les questions à considérer, notons les suivantes :
 ❖ Quelle est la nature de la conduite qu'envisage de prendre la Couronne? Par exemple, a) une activité de la Couronne comme la construction d'un édifice,

- ❖ la création d'un parc ou la disposition de terres de la Couronne, b) l'approbation par la Couronne du projet d'un tiers ou la délivrance d'un permis, c) une autre activité de la Couronne qui permet la réalisation d'un projet, par exemple le financement, d) des décisions stratégiques prises en haut lieu, comme des changements structurels ou organisationnels qui réduisent la capacité de surveillance et de prise de décisions de la Couronne.
- ❖ Quel est le but de l'activité proposée?
- ❖ Quels sont les détails du projet? Quelle est la portée géographique du projet? Précisez toutes les composantes. Des renseignements supplémentaires sont-ils nécessaires pour bien comprendre le projet?
- ❖ Lorsque le promoteur est un tiers, a-t-il bien fourni une description détaillée du projet?
- ❖ Quelles sont les décisions clés à prendre et quel est l'échéancier?
- ❖ Y a-t-il des plans du lieu où serait réalisé le projet, de même que des environs?
- ❖ Quels autres ministères, organismes et ordres de gouvernement et quelles autres entreprises ou autorités sont concernés? Qui peut autoriser le projet ou le réaliser?
- ❖ Les groupes autochtones de la région ont-ils exprimé des préoccupations à l'égard de l'activité proposée ou de toute autre activité (passée ou présente)?

Étape 2 : Déterminer les effets préjudiciables potentiels de la conduite de la Couronne

Les fonctionnaires doivent anticiper les effets préjudiciables potentiels de l'activité proposée. La nature et la gravité des effets préjudiciables dépendent de différents facteurs, notamment l'étendue et l'ampleur de l'activité, ses répercussions sur l'environnement et si ces effets sont permanents ou temporaires.

Les fonctionnaires doivent déterminer si la conduite actuelle en question de la Couronne peut avoir des effets

INTRODUCTION

La partie C est un guide chronologique étape par étape à l'intention des fonctionnaires fédéraux qui remplissent l'obligation de consulter de la Couronne et, le cas échéant, de trouver des accommodements. Les mêmes étapes de base sont appropriées pour la consultation tenue pour des raisons de bonne gouvernance et pour d'autres motifs découlant des politiques.

Les activités de la Couronne qui peuvent déclencher l'obligation varient; l'approche de la consultation et de l'accommodement peut donc varier aussi. Les étapes, les conseils et les facteurs décrits ci-dessous s'appliquent à un vaste éventail d'activités faisant partie de la conduite du gouvernement. Cette conduite peut porter, par exemple, sur la gestion de biens immobiliers fédéraux (par exemple, la disposition d'un immeuble fédéral ou un changement dans l'utilisation de terres fédérale). Elle peut également comprendre les approbations et autorisations du gouvernement pour une activité proposée par un tiers (p. ex., la délivrance de licences, de permis ou d'autorisations pour

l'utilisation de terres ou l'exploitation de ressources). Les fonctionnaires peuvent consulter ce guide étape par étape lorsqu'ils élaborent et mettent en œuvre l'approche générale en matière de consultation et d'accommodement du ministère ou de l'organisme (voir la partie B). Selon les circonstances, un processus de consultation auprès de groupes autochtones peut comporter jusqu'à quatre phases. Les sections suivantes portent sur chacune des phases du processus de consultation et présentent des conseils sur les dispositions à prendre au cours de chacune d'elles. Lorsque plus d'un ministère ou organisme est concerné ou lorsque d'autres gouvernements sont concernés, les phases devraient être menées en collaboration.

La relation positive que les ministères et les organismes bâtissent avec les groupes autochtones au fil du temps et le dialogue qui en découle faciliteront la tâche de mise en œuvre des phases suivantes.

**Guide de consultation
et d'accommodement
étape par étape**

PARTIE C

- ❖ Évaluez si les circonstances justifient une analyse plus détaillée de la solidité de la revendication par le ministère de la Justice ou par d'autres experts appropriés, ou d'autres analyses juridiques cruciales, et planifiez en conséquence (informations essentielles à fournir au ministère de la Justice, délais pour obtenir l'analyse, coûts, etc.).
- ❖ Le ministère de la Justice ne prend pas de décision sur la manière dont les ministères et les organismes doivent mener leurs mandats et leurs activités. Les conseils juridiques viendront compléter les autres processus d'évaluation et de prise de décision du ministère ou de l'organisme, qui comprennent les motifs de saine gouvernance et d'autres considérations de politiques.

- ❖ Les ministères et organismes doivent tenir leurs avocats informés des évaluations des effets préjudiciables relatifs à leurs diverses activités. Les ministères et organismes peuvent également solliciter les avis du ministère de la Justice concernant leurs approches et plans de consultation, leurs dossiers de consultation, les évaluations sur le caractère adéquat de la consultation, ainsi que les mesures d'accommodement envisagées.
- ❖ Au besoin, discutez de la divulgation des documents ainsi que de la création et de la tenue à jour d'un dossier de consultation avec votre avocat.
- ❖ Au besoin, sollicitez les conseils d'un avocat lorsque vous évaluez la mise en œuvre d'une activité et déterminez si des ajustements sont de mise.

N'oubliez pas :

- ❖ Lorsqu'ils déterminent les exigences de consultation associées aux activités générales d'un ministère ou d'un organisme, ou les autres facteurs susceptibles d'influencer les exigences de consultation, les gestionnaires devraient solliciter l'assistance de leur avocat. En tenant le ministère de la Justice informé de votre approche de consultation et de la nature des activités ministérielles dès le début, vous ferez probablement en sorte que vos fonctionnaires auront moins besoin d'avoir recours au ministère de la Justice à un stade ultérieur du processus, ou pour chaque processus de consultation. Il est également important de travailler avec le ministère de la Justice pour établir et maintenir de bonnes procédures de tenue des dossiers.
- ❖ En élaborant des approches standards de consultation pour les ministères et organismes, on réduira le besoin de recourir à des conseils au cas par cas.
- ❖ Assurez-vous que vos fonctionnaires recueillent tous les renseignements pertinents au sujet des activités anticipées et des évaluations correspondantes sur la manière dont ces activités pourraient avoir des effets préjudiciables sur des droits ancestraux ou issus de traités, établis ou potentiels, et des intérêts connexes. Un avocat du ministère de la Justice sera disponible pour examiner ces évaluations et dispenser des conseils sur la base des renseignements factuels.
- ❖ Lorsque vos fonctionnaires recueillent des renseignements et procèdent à l'évaluation initiale d'une situation, assurez-vous qu'ils déterminent les enjeux et questions juridiques auxquels il faudra peut-être répondre. **Toutes les questions ne sont pas de nature juridique.** Votre ministère pourrait également tirer profit de l'établissement d'un ordre de priorité pour les questions nécessitant une clarification juridique dans différents dossiers et en fonction des ministères et organismes pertinents qui travaillent sur un même dossier de consultation, ce qui permettra de rationaliser les demandes de conseils juridiques.
- ❖ Dans la plupart des cas, en fonction des informations recueillies et de l'évaluation initiale effectuée, les responsables ministériels seront en mesure de déterminer si une obligation est déclenchée et si une consultation

- ❖ Les informations recueillies par vos fonctionnaires auprès de sources pertinentes telles que d'autres instances fédérales, provinciales ou territoriales et de groupes autochtones concernés leur permettront de (1) déterminer si leurs activités peuvent avoir des effets préjudiciables sur des droits ancestraux ou issus de traités, établis ou potentiels; (2) évaluer la gravité de ces effets préjudiciables potentiels et la nature et/ou la solidité des revendications; (3) déterminer l'approche et la portée appropriées pour la consultation requise; et (4) élaborer une approche raisonnable de la consultation. Un avocat peut aider à s'assurer que la déclaration d'intention du gouvernement et les mesures planifiées sont raisonnables et appropriées du point de vue juridique.
- ❖ Les fonctionnaires devront solliciter les conseils d'un avocat pour répondre à des questions juridiques spécifiques, telles que la façon de traiter des revendications de titres et d'utilisation exclusive, des interprétations de traités, la réactivité suffisante de la Couronne, les lacunes dans les processus d'évaluation réglementaire ou environnementale, les liens avec des dossiers de litiges ou de négociations, et d'autres nouvelles questions juridiques.
- ❖ Les ministères doivent faire une évaluation préliminaire d'une revendication et déterminer si des groupes de la région ont fait état de préoccupations concernant l'activité ou signalé à la Couronne que des activités dans un territoire donné nécessitaient une consultation. Le ministère de la Justice peut aider à déterminer si cette activité de la Couronne ou d'un tiers nécessite une consultation, et aider à évaluer une revendication nouvelle ou inhabituelle soulevant de nouvelles questions juridiques ou stratégiques, qui pourrait survenir si de nouvelles sortes d'activités étaient proposées ou pendant le déroulement de processus de consultation.

- ❖ de situer l'obligation de consulter et de trouver des accommodements dans le contexte plus large de la relation entre la Couronne et les peuples autochtones, y compris les rapports entre cette obligation et les autres raisons d'avoir un dialogue avec les groupes autochtones;

- ❖ de favoriser une compréhension des rôles et responsabilités des entités engagées dans le processus de consultation, à savoir la Couronne, les groupes autochtones et les tiers;

- ❖ de permettre aux fonctionnaires de comprendre comment l'obligation de consulter peut s'appliquer dans le contexte des mandats et activités de leur ministère ou organisme, et comment ils peuvent la remplir;

- ❖ de déterminer les répercussions particulières des évolutions dans la jurisprudence, les politiques et pratiques de consultation, et l'environnement public, autant pour leurs ministères et organismes que pour la Couronne dans son ensemble;

- ❖ d'expliquer où les fonctionnaires peuvent obtenir des informations et des outils pratiques pour soutenir leurs activités de consultation et d'accommodement;

- ❖ de fournir des exemples de pratiques exemplaires, et des occasions pour que les fonctionnaires fédéraux puissent partager leurs expériences dans l'application de l'obligation de consulter et de trouver des accommodements;

- ❖ de favoriser le développement et la mise en œuvre efficace de mécanismes de coordination et de collaboration interministérielles et intergouvernementales; et
- ❖ de fournir une base au développement d'approches et de pratiques communes de consultation, au sein des ministères et organismes fédéraux, et dans tout le gouvernement.

L'Unité de la consultation et de l'accommodement à AINC, conjointement avec le ministère de la Justice, continue d'offrir une formation sur la consultation et l'accommodement. Les fonctionnaires fédéraux ou leurs gestionnaires qui recherchent de plus amples informations ou souhaitent s'inscrire à des séances de formation peuvent écrire à l'adresse courriel suivante : consultation-sessions@ainc-inac.gc.ca

4) Participation d'un avocat du ministère de la Justice au processus de consultation et d'accommodement

Différents ministères et organismes ont également élaboré leur propre formation en matière de consultation et d'accommodement. Par exemple, l'Agence canadienne d'évaluation environnementale offre une formation sur l'intégration de la consultation des Autochtones au processus d'évaluation environnementale.

Le ministère de la Justice n'est pas responsable de la conduite des consultations ni de la collecte des informations factuelles appropriées concernant les droits ancestraux ou issus de traités, établis ou potentiels, et les effets préjudiciables potentiels d'une activité. Cependant, l'obligation de consulter est une obligation légale et elle soulève un certain nombre de questions juridiques. Par conséquent, il est important de travailler étroitement avec le ministère de la Justice lorsqu'on évalue l'éventuelle nécessité, et la manière, d'incorporer des consultations aux activités d'un ministère ou d'un organisme, ainsi que les approches pour déterminer cette obligation et y répondre.

En plus, il y aura des situations où les ministères et organismes devront avoir recours à un avocat pour les évaluer, par des examens ou des conseils, sur la meilleure manière d'effectuer les diverses évaluations décrites dans la partie C des présentes Lignes directrices. Le ministère de la Justice assume une importante fonction consultative vis-à-vis des ministères et organismes concernant les aspects juridiques des choix de politiques en matière de consultation, particulièrement en ce qui a trait à la cohérence des conseils juridiques dans l'ensemble du gouvernement, et à mesure que la jurisprudence dans ce domaine continue d'évoluer.

Lorsque les ministères et organismes seront mieux familiarisés avec les exigences de consultation associées à leurs opérations, et incorporeront la consultation et l'accommodement des Autochtones dans leurs opérations grâce aux présentes Lignes directrices et à d'autres politiques et procédures, la nécessité d'obtenir des conseils juridiques concernant des affaires de routine sera peut-être amenée à décroître.

- ❖ par un comité d'examen ou dans le cadre d'une étude exhaustive en vertu de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale*. Le programme de financement des participants de l'ACÉE comprend une enveloppe de financement destinée aux Autochtones afin d'aider les groupes autochtones à participer aux activités de consultation au sein de leurs collectivités ou aux consultations publiques;
- ❖ Les ressources financières à la disposition des ministères et organismes, et les occasions de demander des ressources supplémentaires (p. ex. présentations au Conseil du Trésor). Par exemple, les fonctionnaires fédéraux peuvent se référer à la législation et aux principes directeurs du Secrétaire du Conseil du Trésor sur les dépenses, ainsi qu'aux politiques, directives, principes directeurs et pratiques spécifiques du ministère ou de l'organisme;
- ❖ Les autres besoins liés aux consultations, tels que les processus de règlement de différends.

Dans certains cas, les groupes de Premières nations, de Métis et d'Inuits peuvent chercher à obtenir de l'assistance financière pour soutenir leur participation au processus de consultation. Les fonctionnaires devraient d'abord déterminer s'il y a d'autres moyens disponibles pour soutenir la capacité des Autochtones à participer au processus de consultation, par exemple, si d'autres partenaires sont en mesure de contribuer au financement de la capacité ou à d'autres formes d'assistance aux groupes autochtones.

Voir « Partie C – Guide de consultation et d'accommodement étape par étape » pour plus de détails sur les façons de soutenir une consultation véritable.

3) Formation

- ❖ La formation des fonctionnaires fédéraux est d'une importance cruciale pour assurer une compréhension et une exécution cohérentes de l'obligation de consulter et, s'il y a lieu, de trouver des accommodements. Cette formation a pour but :
- ❖ d'améliorer la sensibilisation à l'obligation de consulter, ainsi que la compréhension de ce qu'elle comporte;

- ❖ La fréquence des activités liées à la consultation;

- ❖ L'évaluation et la documentation des exigences en ressources pour les activités de consultation et d'accommodement des Autochtones. Par exemple, les ministères et organismes doivent considérer les implications en termes de coût de la participation des groupes autochtones, ce qui comprend le fait de déterminer si les autorités responsables du programme et des finances peuvent les aider à subventionner les activités des Autochtones associées à la consultation;
- ❖ Le système de gestion de dossiers pour documenter le processus de consultation et d'accommodement;

- ❖ Les ressources humaines nécessaires pour planifier, effectuer des recherches, exécuter et surveiller des processus de consultation raisonnables et véritables, à savoir, du personnel compétent, formé et informé;

- ❖ Les autres politiques, programmes et initiatives du ministère ou de l'organisme qui peuvent compléter et appuyer l'accomplissement de l'obligation;

- ❖ Les occasions, dans le cadre de protocoles ou de protocoles d'entente, de collaborer, de construire des relations et de partager les coûts de la consultation et de l'accommodement avec d'autres ministères et organismes fédéraux, des gouvernements provinciaux et territoriaux et l'industrie, des occasions également de mieux intégrer les processus de consultation;

- ❖ Les communications internes et externes associées aux activités de consultation;

- ❖ Les processus et procédures d'approbation;
- ❖ L'évaluation des activités de consultation et d'accommodement entreprises;

- ❖ Les autorités financières existantes ayant le pouvoir de financer des dépenses internes et externes associées à la consultation et à l'accommodement, comme le financement des dépenses internes et externes associées

financement dans le cadre de projets qui sont évaluées dienne d'évaluation environnementale peut fournir du l'examen des grands projets d'énergie. L'Agence cana- pour appuyer la consultation des Autochtones dans des programmes de financement de la participation de sécurité nucléaire et l'Office national de l'énergie ont au besoin. Par exemple, la Commission canadienne financement de la capacité des groupes autochtones, à la consultation et à l'accommodement, comme le financer des dépenses internes et externes associées

III PRÉPARER VOTRE MINISTÈRE OU ORGANISME À LA CONSULTATION ET À L'ACCOMMODEMENT

Cette section présente certaines des questions que doivent aborder les gestionnaires pour préparer leur ministère ou organisme à la consultation et à l'accommodement. Cela comprend le fait d'évaluer les exigences financières, en matière de ressources humaines et de formation, ainsi que le besoin de faire intervenir un avocat du ministère de la Justice. Les tâches détaillées par étape, à entreprendre par les gestionnaires et les praticiens des consultations, seront décrites dans la Partie C.

1) Généralités

S'assurer que les fonctionnaires sont correctement équipés, qu'ils possèdent les outils, les ressources et la formation appropriées pour mener à bien des consultations véritables et raisonnables dans chaque cas. L'élaboration d'une approche pour le ministère ou l'organisme les soutiendra lorsqu'ils aborderont des questions particulières à certains cas.

Mettre en place un système de gestion des dossiers et une procédure pour documenter et classer les ordres du jour, notes de réunion, correspondance, actions, décisions, et s'assurer que les fonctionnaires utilisent systématiquement ces procédures. Il est important d'enregistrer dans un format uniforme et d'archiver en un endroit accessible et aisé à retrouver tous les comptes rendus de réunions de consultation et toute la correspondance avec les groupes autochtones qui sont pertinents, de manière à s'assurer que le déroulement complet du processus, les préoccupations soulevées et les efforts pour y répondre sont bien documentés. Lorsque plusieurs ministères ou organismes sont impliqués, on favorise le recours à un système central ou partagé pour la conservation des documents, chaque fois que cela est possible.

❖ Veiller à ce que les fonctionnaires sachent que tous les comptes rendus de réunions et toute la correspondance sont conservés pour que la Couronne puisse recourir à ces renseignements dans l'éventualité de poursuites devant les tribunaux. Il se pourrait que des renseignements fournis au gouvernement fassent l'objet de demandes de divulgation en vertu de la

2) Organisation, finances et ressources humaines

Loi sur l'accès à l'information. Par conséquent, des mesures spécifiques peuvent être requises avant de se mettre d'accord sur des discussions ou un traitement de documents confidentiels ou officieux. Il faut consulter un avocat du ministère de la Justice avant de déterminer la façon dont des discussions ou des documents échangés au cours du processus de consultation pourraient être traités ou classifiés.

Tout au long du déroulement et de la mise en œuvre des activités de la Couronne et des processus de consultation correspondants, les fonctionnaires doivent s'assurer que des consultations véritables ont bien lieu, en communiquant en temps opportun des informations détaillées concernant l'activité, en fournissant un appui aux groupes autochtones, au besoin, afin de réaliser l'objectif lié à la participation véritable aux processus de consultation; en fournissant assez de temps aux groupes autochtones pour évaluer les effets préjudiciables et faire part de leurs préoccupations; en favorisant des discussions avec les collectivités concernant les effets et les manières dont celles-ci peuvent être évitées ou atténuées, etc.

À ces fins, les ministères et organismes devront avoir accès à des ressources financières, humaines et technologiques qui puissent être utilisées pour les activités de consultation et d'accommodement. Ils doivent aussi déterminer le rôle que pourraient assumer d'autres partenaires dans l'exécution de l'obligation de consulter. Les approches mises en œuvre par le ministère ou l'organisme doivent prendre en compte les éléments suivants :

- ❖ L'évaluation des activités du ministère ou de l'organisme qui peuvent donner lieu à l'obligation de consulter;
- ❖ L'évaluation de tout effet préjudiciable potentiel des activités du ministère ou de l'organisme, de la gravité de ces effets et de la solidité de tout droit ancestral ou issu de traités, potentiel ou établi, de manière à déterminer l'étendue de l'obligation de consulter et les activités de consultation connexes;

Des protocoles d'entente peuvent avoir été conclus avec certaines provinces et certains territoires pour guider la façon dont les gouvernements fédéral, provinciaux et territoriaux peuvent collaborer en matière de consultation des Autochtones.

Recours à des consultations par l'industrie

Si des ministères ou organismes sont chargés d'approuver l'activité de tierces parties, les décideurs de la Couronne doivent déterminer le rôle que ces tiers, comme des promoteurs de l'industrie, vont jouer dans les consultations et les mesures d'accommodement.

Avant de décider s'ils peuvent se fier aux consultations réalisées par des tiers, les ministères et organismes doivent trouver des réponses aux questions suivantes :

- ❖ Dans quelle mesure le promoteur a-t-il consulté les groupes autochtones? Quels groupes a-t-il consultés?
- ❖ La Couronne a-t-elle accès au dossier des consultations menées jusqu'à maintenant?

- ❖ Des consultations ultérieures sont-elles prévues? Si oui, quels en sont les échéanciers?

- ❖ Les fonctionnaires fédéraux devraient-ils assister aux séances de consultation? Si oui, quel serait leur rôle?

- ❖ Quels sont les aspects de la procédure de consultation que la Couronne délègue, le cas échéant?

- ❖ Un dossier de consultation sera-t-il créé pour les consultations futures? Si oui, la Couronne aura-t-elle accès à ce dossier?

La Couronne est en définitive responsable de s'assurer que l'obligation de consulter et, le cas échéant, de trouver des accommodements, est respectée. Il faut donc évaluer si les promoteurs ont consulté les groupes autochtones de manière adéquate et si la Couronne doit tenir d'autres consultations pour s'acquitter de son obligation de consulter.

Au cours de la phase de planification de toute conduite de la Couronne (voir Partie C – Phase 1, pour une liste complète des activités qui précèdent les consultations), les fonctionnaires fédéraux doivent évaluer les exigences en matière de consultation des Autochtones liées à la conduite. Le ministère ou l'organisme fédéral pourrait pouvoir recourir aux processus de consultation provinciaux ou territoriaux pour l'aider à remplir, en tout ou en partie, son obligation de consulter.

Les ministères et organismes fédéraux sont encouragés à se renseigner sur les conduites provinciales ou territoriales parallèles ou les processus de consultation pertinents et discuter de la façon dont ces processus peuvent aider la Couronne à satisfaire à son obligation de consultation.

Une approche ministérielle pourrait comporter des précisions concernant quand et comment on peut se fier à un processus de consultation provincial ou territorial pour remplir l'obligation de consultation de la Couronne fédérale.

Les fonctionnaires fédéraux peuvent se poser les questions suivantes :

- ❖ Les questions fédérales peuvent-elles faire l'objet de discussions (p. ex. l'habitat du poisson, les oiseaux migrateurs, des voies navigables sécuritaires et accessibles)?

- ❖ Les processus fédéraux, provinciaux ou territoriaux englobent-ils la participation véritable de tous les groupes autochtones dont la participation est requise pour que le gouvernement fédéral remplisse son obligation?

- ❖ Quel est le mandat du ministère ou de l'organisme provincial ou territorial en question, et ce mandat a-t-il des limites qui pourraient avoir des répercussions sur les activités de consultation, particulièrement dans le cas d'offices ou de commissions?

- ❖ Les ministères et organismes fédéraux devront-ils prévoir des activités de consultation additionnelles?

- ❖ Des mesures d'accommodement auxquelles l'État fédéral pourrait se fier ont-elles été établies dans le cadre du processus provincial ou territorial?

de sûreté nucléaire assume le rôle de coordonnateur des consultations de la Couronne lorsqu'elle est l'autorité responsable. Une fois l'étape de l'évaluation environnementale terminée, un ministère ou organisme responsable peut être désigné pour la réalisation des consultations non encore effectuées qui sont en lien avec ses responsabilités réglementaires en matière de prises de décisions.

Le Bureau de gestion des projets nordiques

Le Bureau de gestion des projets nordiques a été institué en septembre 2009 au sein de l'Agence canadienne de développement économique du Nord (CanNor). Le mandat du Bureau de gestion des projets nordiques est d'assurer une direction pangouvernementale dans l'élaboration d'une approche systématique de la participation du gouvernement fédéral à l'évaluation environnementale, à l'examen réglementaire et à l'approbation des projets nordiques.

Le Bureau de gestion des projets nordiques est responsable de la coordination fédérale, de la gestion et du suivi des projets, ainsi que de la coordination des consultations entourant les projets nordiques dans les trois territoires. Il veille à ce que le gouvernement fédéral s'acquitte de son obligation de consulter. Les principales fonctions du Bureau de gestion des projets nordiques sont les suivantes :

- ❖ offrir aux promoteurs une orientation claire et de l'aide en ce qui concerne le processus d'examen réglementaire et de consultation;
- ❖ coordonner les travaux des ministères et des organismes fédéraux de réglementation pendant la phase de l'évaluation environnementale et celle de la délivrance de permis;
- ❖ créer et tenir à jour un répertoire des dossiers de consultation de la Couronne pour les projets qui relèvent de son mandat.

Aux fins de la consultation par la Couronne, le Bureau de gestion des projets nordiques propose d'agir à titre de coordonnateur ou de facilitateur pour les projets nordiques, ce qui englobe tous les projets soumis à l'évaluation environnementale, les examens conjoints et les examens réalisés

par une commission. Sont également inclus les projets de moindre envergure dont le Bureau de gestion des projets nordiques estime qu'ils présentent un intérêt économique et les projets complexes qui peuvent bénéficier de la coordination du Bureau de gestion des projets nordiques. Chaque ministère et organisme fédéral a la responsabilité de déterminer quels groupes autochtones sont susceptibles de subir les effets d'un projet, d'évaluer la force des revendications, de surveiller et d'évaluer la solidité des consultations par des tiers et, au besoin, de tenir des consultations ciblées au nom de la Couronne. Les ministères et les organismes fédéraux ont aussi la responsabilité de prendre des mesures d'accommodement, le cas échéant.

Le mandat du Bureau de gestion des projets nordiques dans les territoires complète celui du Bureau de gestion des grands projets pour les provinces qui se trouvent au sud du 60° parallèle. Cependant, compte tenu des différences et des complexités de l'environnement réglementaire du Nord, le Bureau de gestion des projets nordiques a été institué en tant qu'entité séparée.

Le siège du Bureau de gestion des projets nordiques se trouve à Yellowknife, dans les Territoires du Nord-Ouest, et compte du personnel dans les deux autres territoires. Ces bureaux régionaux coordonnent la participation de l'ensemble des intervenants fédéraux tôt dans le processus de développement de ressources, travaillent avec les offices et les gouvernements territoriaux et coordonnent les activités fédérales de consultation des Autochtones avec les ministères fédéraux concernés.

Recours à des processus provinciaux et territoriaux existants

Dans l'élaboration et la mise en œuvre d'une approche au sein de leur ministère ou de leur agence, les gestionnaires et les fonctionnaires sont encouragés à prendre connaissance autant que possible des approches provinciales et territoriales telles qu'elles sont énoncées dans les politiques, les directives et les pratiques, en vue de mieux coordonner les efforts de consultation et d'accommodement fédéraux avec ceux de leurs partenaires provinciaux et territoriaux.

transparente et efficace au Canada. Cette initiative gouvernementale avait pour but de favoriser le développement de la capacité et de l'expertise des principaux ministères et organismes réglementaires fédéraux afin de leur permettre de remplir leurs obligations en matière d'évaluations environnementales, de réglementation et de consultation des Autochtones, de façon rapide et prévisible.

Le rôle principal du Bureau de gestion des grands projets est d'assurer une gestion globale des projets, une responsabilité et une direction stratégique concernant le rendement du système réglementaire dans son ensemble. Travaillant de concert avec les ministères et organismes fédéraux, le Bureau de gestion des grands projets sert de guichet unique vers le processus réglementaire fédéral, en assurant la coordination des ententes et échéanciers des projets conclus avec les ministères et organismes fédéraux, et en assurant un suivi des progrès des grands projets de ressources, dans le cadre du processus d'examen réglementaire du gouvernement fédéral.

Le Bureau de gestion des grands projets supervise également la mise en œuvre de l'approche pangouvernementale pour les consultations de la Couronne au sujet des grands projets de ressources. Le Bureau de gestion des grands projets collabore étroitement avec l'Agence canadienne d'évaluation environnementale, Affaires indiennes et du Nord Canada et d'autres ministères et organismes fédéraux afin de s'assurer que le gouvernement fédéral honore ses responsabilités en matière de consultation de manière cohérente, adéquate et véritable.

Des équipes régionales dédiées à chaque projet, constituées de fonctionnaires fédéraux et, au besoin, provinciaux, sont mises en place selon les besoins spécifiques pour s'assurer que les exigences de la Couronne en matière de consultation sont remplies de manière cohérente et coordonnée. Ces équipes sont coordonnées par l'Agence canadienne d'évaluation environnementale ou par un autre gestionnaire de l'évaluation environnementale adéquat (comme un coordonnateur des consultations de la Couronne) tout au long du processus d'évaluation environnementale. Des mécanismes d'analyse des processus utilisés et de supervision de la Couronne ont été créés pour les projets de l'Office national de l'énergie sous l'égide du Bureau de gestion des grands projets. La Commission canadienne

Le processus de consultation doit se poursuivre jusqu'à la fin du cycle de vie du projet, car la Couronne a la responsabilité de s'assurer que les mesures prises pour tenir compte des effets préjudiciables sur des droits ancestraux ou issus de traités, établis ou potentiels, et des intérêts connexes sont mises en œuvre. Un dossier de consultation officielle de la Couronne est créé et tenu à jour pendant toute la durée de l'évaluation environnementale. Le Bureau de gestion des grands projets a une base de données centralisée, et les ministères et organismes fédéraux concernés conservent les documents originaux relatifs à leurs consultations.

Outre l'obligation de consulter, il y a d'autres raisons d'inclure les groupes autochtones dans le processus d'évaluation environnementale. Celles-ci comprennent des obligations en vertu de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale*, qui oblige à prendre en compte les « effets environnementaux », y compris tout changement dans l'environnement qui affecte l'utilisation actuelle que font les Autochtones des terres et des ressources à des fins traditionnelles (article 2 de la *Loi*). Par ailleurs, le paragraphe 16.1 de la *Loi* fournit l'occasion d'inclure les connaissances autochtones traditionnelles dans l'évaluation environnementale. Enfin, le gouvernement fédéral peut avoir des obligations relatives aux évaluations environnementales en vertu de traités modernes et d'ententes relatives à l'autonomie gouvernementale.

Compte tenu de la complexité et de la taille des grands projets de ressources naturelles, le gouvernement fédéral a mis en place le Bureau de gestion des grands projets pour assumer une fonction de coordination par la Couronne.

Le Bureau de gestion des grands projets

Le Bureau de gestion des grands projets (logé à Ressources naturelles Canada) a été créé en 2008 pour servir de point d'entrée unique dans le processus fédéral de réglementation, ainsi que pour assurer la gestion globale du processus réglementaire fédéral dans le cas de grands projets de ressources au sud du 60^e parallèle, et ce, tant sur le plan opérationnel que celui des politiques. Le Bureau de gestion des grands projets a été mis sur pied pour appuyer une approche pangouvernementale de l'examen réglementaire plus responsable, efficace,

Évaluation environnementale, prise de décision réglementaire et consultation des Autochtones

Le Canada adopte une approche pangouvernementale pour les consultations de la Couronne. En ce qui concerne les grands projets de ressources (voir la définition ci-dessous), et tous les projets qui font l'objet d'études approfondies aux termes de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale*, cette approche exige que la Couronne fédérale intègre ses activités liées à la consultation des Autochtones aux évaluations environnementales et aux processus réglementaires dans toute la mesure du possible.

Remarque : Un grand projet de ressources est un grand projet d'exploitation de ressources réalisé au sud du 60° parallèle et qui doit faire l'objet d'une étude approfondie, d'un examen par des spécialistes ou d'un examen préalable complexe (ou multijuridictionnel) en vertu de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale*. Les secteurs de ressources incluent d'ordinaire l'exploitation des minerais et des métaux, l'exploitation et la transformation des sables bitumineux, ainsi que la production et le transport d'électricité.

Cette approche tire parti de la capacité du processus fédéral d'évaluation environnementale et du processus réglementaire de recueillir de façon coordonnée et cohérente des informations concernant les effets préjudiciables potentiels d'une conduite de la Couronne sur des droits ancestraux ou issus de traités. Elle permet de faire un usage efficace des ressources ministérielles et facilite des communications productives et le renforcement des relations avec les groupes autochtones. Cette approche appuie également les efforts continus de la Couronne en vue de satisfaire à l'obligation de consulter avant que des décisions soient prises au niveau fédéral. Des efforts devraient être consentis pour assurer une coordination avec les processus d'évaluation environnementale des provinces et des territoires.

D'ordinaire, l'approche pangouvernementale commence lorsque la Couronne a connaissance d'un projet pour lequel une conduite de la Couronne est envisagée (p. ex. la présentation d'une description de projet). Cette étape

commence par une analyse des effets préjudiciables potentiels du projet dans une région géographique dans laquelle des groupes autochtones pourraient avoir des droits. La portée de la consultation dépend de la gravité des effets préjudiciables, de la solidité des revendications et de toute autre considération pertinente. Cette analyse vise à appuyer la mise en place d'un processus de consultation adéquat et à guider l'élaboration d'un plan de travail sur la consultation des Autochtones. On communique avec tous les groupes autochtones recensés pour une participation au processus d'évaluation environnementale pour les informer de l'approche prévue pour la consultation. Les groupes autochtones devraient avoir l'occasion de fournir de l'information à la Couronne sur leurs droits ancestraux ou issus de traités, établis ou potentiels, et sur tout effet préjudiciable que pourrait avoir l'activité proposée. On peut également inviter les groupes autochtones à participer aux travaux du comité chargé du projet d'évaluation environnementale afin de mieux intégrer la consultation des Autochtones au processus d'évaluation environnementale.

Si le gouvernement veut utiliser un processus d'évaluation environnementale pour déterminer, évaluer et guider les consultations, il est nécessaire de préciser quels types de préoccupations des Autochtones pourraient être pris en compte ou régies dans le cadre de ce processus et dans quelle mesure cela pourrait aider la Couronne à s'acquitter de son obligation.

Une fois l'évaluation environnementale commencée, la Couronne doit continuer à évaluer le besoin éventuel pour une consultation supplémentaire, et y satisfaire, et tenter de trouver des accommodements, le cas échéant, si on prévoit que sa conduite peut avoir des effets préjudiciables. Avant que l'évaluation environnementale ne soit terminée, la Couronne doit déterminer si elle a, à ce moment, rempli honnêtement son obligation de consulter ou non. Les questions non réglées doivent être résumées et reportées à l'étape des approbations réglementaires, étape pendant laquelle des activités pertinentes liées à des consultations et/ou à des accommodements pourraient être examinées avant qu'une décision réglementaire définitive ne soit rendue concernant le projet.

les activités de consultation additionnelles s'ajoutent à l'évaluation environnementale et aux processus d'examen réglementaires sans faire double emploi.

La *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale* a été modifiée en juillet 2010 afin d'améliorer la rapidité à laquelle le gouvernement fédéral effectue ses évaluations environnementales, d'établir une responsabilité claire et d'orienter les ressources afin qu'elles produisent les plus grands avantages pour l'environnement et l'économie. Pour effectuer ses études en vertu de la *Loi*, l'Agence canadienne d'évaluation environnementale exercera les pouvoirs et accomplira les tâches et fonctions d'une autorité responsable, sauf pour celles qui sont réglementées par l'Office national de l'énergie ou par la Commission canadienne de l'énergie.

Pour ce qui est des projets devant faire l'objet de processus d'évaluation publique aux termes de la *Loi sur l'Office national de l'énergie* ou de la *Loi sur la sûreté et la réglementation nucléaires*, les processus de l'Office national de l'énergie et de la Commission canadienne de sûreté nucléaires sont appliqués. Des activités de consultation supplémentaires par la Couronne peuvent être nécessaires pour prendre en compte les préoccupations des collectivités autochtones qui ne s'inscrivent pas dans le mandat des processus de l'Office national de l'énergie ou de la Commission canadienne de sûreté nucléaire.

Recours à des processus fédéraux existants

Les tribunaux n'ont pas exigé qu'un processus distinct de consultation par la Couronne soit entrepris si l'évaluation, l'examen ou le processus réglementaire, juridique ou contractuel en place comporte un processus de consultation suffisant (p. ex. dans l'arrêt *Taku River*, le processus d'évaluation environnementale entrepris par la Colombie-Britannique conformément à la *Loi sur l'évaluation environnementale était suffisant*. En revanche, dans l'arrêt *Première nation criée Mikisew*, bien que les exigences de la loi aient toutes été remplies, la participation de la collectivité autochtone dans le processus d'examen public n'a pas été jugée suffisante). Si un office ou un tribunal participe au processus, il peut être nécessaire

d'obtenir un avis juridique dès le début du processus de planification quant au rôle que doit jouer cet organisme. La Couronne doit être convaincue que grâce à ces processus, elle a satisfait à son obligation de consultation ou peut le faire.

Des questions liées à la consultation ou à l'accommodement peuvent survenir au cours d'un processus d'examen existant, d'une évaluation ou de tout autre processus, prévu par la loi, un règlement ou une entente, exécuté par un ministère ou un organisme fédéral. Les ministères et organismes doivent évaluer si certaines de ces questions excèdent le mandat du ministère ou de l'organisme responsable.

Il peut donc être nécessaire de tenir des activités de consultation et d'accommodement additionnelles. Au bout du compte, les ministères et les organismes fédéraux ont la responsabilité de repérer et de combler les lacunes qui pourraient empêcher la Couronne de s'acquitter de son obligation. Le processus de consultation doit permettre une consultation véritable tout au long du cycle de vie d'une activité, et il doit pouvoir s'adapter à toutes les étapes de cette activité, de manière à ce que les fonctionnaires fédéraux puissent répondre aux préoccupations des Autochtones et, le cas échéant, trouver des accommodements, en présence d'effets préjudiciables sur les droits ancestraux ou issus de traités, établis ou potentiels. (Principe directeur et directive n° 6.)

Le processus d'évaluation environnementale est généralement considéré par les groupes autochtones et les tiers (Résumé des commentaires des collectivités et organisations autochtones sur la consultation et l'accommodement) comme la plus efficace des méthodes gérées par la Couronne pour connaître les effets préjudiciables que les activités envisagées et les changements connexes pourraient avoir sur l'environnement. Les responsables doivent évaluer dès les premières étapes de la planification des activités proposées s'il sera suffisant de compter seulement sur les processus existants, comme l'évaluation environnementale. Si tel n'est pas le cas, la Couronne peut devoir inclure dans ses efforts des activités de consultation additionnelles ou d'autres démarches d'accommodement, au besoin.

Les organisations autochtones nationales, telles que l'Association des femmes autochtones du Canada (AFA), la Pauktuutit Inuit Women's Association et l'Assemblée des Premières Nations, ont créé des outils d'analyse comparative entre les sexes (ACS) pertinente sur le plan culturel pour promouvoir l'équité dans les programmes, services et processus fédéraux concernant les femmes et les hommes autochtones. Dans le contexte du processus de consultation et d'accommodement, l'AFA et Pauktuutit ont examiné la consultation et l'accommodement des Autochtones dans l'optique de l'ACS, et ont proposé certaines questions pour les promoteurs qui préparent des consultations avec les collectivités autochtones, telles que :

1. À quel stade d'un processus de consultation convient-il d'envisager des questions liées au sexe? Comment peut-on utiliser une ACS pour s'assurer de bien prendre en considération la problématique homme-femme?
2. Quel devrait être le rôle de la Couronne, si elle doit en assumer un, en vue de garantir qu'un processus de consultation et tous les accords qui s'ensuivent entre une collectivité et l'industrie tiennent compte de la problématique homme-femme? Comment cela peut-il se réaliser?
3. Quels sont les questions et les enjeux qu'un promoteur et une collectivité autochtone devraient considérer de manière routinière, dans tout processus de consultation, pour s'assurer de prendre en compte les points de vue aussi bien des femmes que des hommes lorsqu'ils examinent la nature et l'étendue des incidences sur la collectivité et les options pour les aborder?

5) Coordonner l'approche avec les partenaires et/ou se fier à d'autres processus de consultation

Coordination fédérale et désignation d'un responsable principal

Plusieurs ministères ou organismes fédéraux peuvent se trouver engagés dans une conduite de la Couronne qui nécessite une consultation ou un accommodement compte tenu d'effets préjudiciables potentiels. Il est important que tous les ministères ou organismes travaillent de concert, en tant que représentants de la Couronne, pour évaluer les rôles et responsabilités, gérer le processus de consultation et, le cas échéant, trouver des accommodements (se reporter au principe directeur et à la directive n° 5). Pour ce faire, les fonctionnaires du ministère ou de l'organisme doivent faire ce qui suit :

- ❖ Établir une liste détaillée de tous les éléments de la conduite de la Couronne, y compris toutes les décisions potentielles, les rôles et responsabilités des ministères, organismes, offices et tribunaux fédéraux, provinciaux ou territoriaux qui pourraient être concernés, les domaines de compétence de chaque entité, les limitations liées aux échéanciers ou aux mandats, etc.;

- ❖ Déterminer quels sont les ministères et organismes, ou les ministères provinciaux et territoriaux, à qui pourrait échoir la responsabilité de consulter et, le cas échéant, de trouver des accommodements. Désigner un ministère fédéral responsable de la coordination avec les parties;
- ❖ Déterminer s'il y a des lacunes à combler pour traiter les questions de consultation et d'accommodement.

Conformément aux principes directeurs et aux directives n° 5 et 6, énoncées dans la partie A, l'Agence canadienne d'évaluation environnementale est responsable de la consultation pour les grands projets de ressources naturelles et les études approfondies en vertu de la Loi canadienne sur l'évaluation environnementale. Ce rôle de premier plan est assumé en collaboration avec les ministères et les organismes fédéraux qui agissent à titre d'autorités responsables ou d'autorités fédérales en vertu de la Loi et avec le Bureau de gestion des grands projets. Dans les cas où les processus en place sont insuffisants pour satisfaire à l'obligation de consulter de la Couronne et que des activités de consultation additionnelles sont nécessaires, l'Agence, en collaboration avec des ministères et des organismes fédéraux, devrait veiller à ce que toutes

TRAITÉS MODERNES

Certains traités modernes contiennent des dispositions sur la consultation dans le cas d'activités de la Couronne et les fonctionnaires doivent tenir des consultations conformément aux dispositions de ces traités. La Couronne dans son ensemble est responsable de la mise en œuvre des traités.

L'obligation de consulter fonctionne en droit indépendamment des termes d'un traité et peut donc s'appliquer lorsque des mesures prises par la Couronne sont susceptibles d'avoir des effets préjudiciables sur les droits garantis par un traité ou un accord sur le règlement de revendications territoriales. Cependant, les termes d'un accord pour des situations particulières, le cas échéant, peuvent définir la forme que doit prendre la consultation. Par conséquent, la première étape en ce qui concerne les représentants du gouvernement fédéral consiste à déterminer si le traité renferme des dispositions relatives à la consultation.

Les ministères et les organismes fédéraux devraient consulter la Direction générale de la mise en œuvre d'Affaires indiennes et du Nord Canada, le ministère de la Justice et, dans certains cas, les bureaux régionaux d'AINC pour obtenir des conseils et de l'aide dans l'élaboration d'approches pour consulter des groupes signataires de traité.

Les traités sont une partie importante du processus de réconciliation et ils guident la relation continue de la Couronne avec les groupes autochtones.

Avec le temps, l'établissement de relations de travail, par l'intermédiaire de réseaux et de forums, avec les collectivités autochtones et avec les autres ministères et les organismes fédéraux de la région, les homologues provinciaux et territoriaux et l'industrie aidera les gestionnaires fédéraux et les fonctionnaires à diriger les efforts déployés en matière de consultation et d'accommodement.

Les ministères et organismes devraient aussi examiner, avec les conseils d'AINC, si des ententes sur la consultation pourraient appuyer les activités de consultation. De tels arrangements entre la Couronne et les groupes autochtones peuvent aider à définir les rôles et les responsabilités, à déterminer des points de contact, à fixer des échéanciers et à préciser les étapes à suivre, et parfois à tenir compte de besoins de développement des capacités. Ils peuvent éclairer les parties et leur permettre de renforcer leurs relations tout améliorant l'efficacité des consultations.

Les ententes de consultation peuvent faciliter la coordination des processus de consultation auxquels participent plusieurs ministères et organismes (fédéraux, provinciaux et territoriaux) et d'autres intervenants. Les coordonnateurs régionaux d'AINC devront explorer et négocier des ententes et des protocoles de consultation avec les groupes

autochtones et les provinces et territoires concernés pour établir des processus coordonnés efficaces pour les consultations de la Couronne. Les fonctionnaires doivent déterminer si les dispositions d'accords sur l'autonomie gouvernementale exigent la consultation relativement aux instruments internationaux qui sont juridiquement contraignants. Deuxièmement, les fonctionnaires doivent déterminer si des dispositions législatives exigent que le Canada tienne des consultations au sujet des instruments internationaux. Les fonctionnaires devraient obtenir des conseils juridiques, ce qui renforcera les évaluations générales et les processus décisionnels des ministères et des organismes.

Politiques fédérales horizontales

Il faut tenir compte des objectifs stratégiques horizontaux, comme ceux qui sont liés à l'égalité hommes-femmes, au développement durable et aux communautés de langue officielle en situation minoritaire, dans toute interaction entre le Canada et les peuples autochtones. Ce sont des politiques du Conseil du Trésor dont il faut tenir compte dans les activités, les processus, les programmes et les politiques liés à la consultation et à l'accommodement.

chaque ministère et organisme, et est influencée par elle. Les gestionnaires doivent garder à l'esprit le « tableau d'ensemble », car la manière dont leur ministère traite un dossier de consultation peut renforcer, ou au contraire affaiblir, la relation du Canada avec un groupe particulier de Première nation, de Métis ou d'Inuits, influençant de ce fait non seulement les transactions futures de leur propre ministère ou organisme avec cette collectivité, mais aussi celles des autres ministères et organismes.

Déterminer s'il existe des lois ou des règlements qui exigent que le ministère ou l'organisme consulte les groupes autochtones compte tenu de ses activités ou considère les connaissances traditionnelles (par exemple en vertu de certaines dispositions de la *Loi sur les espèces en péril* ou de la *Loi sur les parcs nationaux du Canada*).

EXEMPLES D'ACCORDS DE CONSULTATION

Processus de consultation entre les Mi'kmaq, la Nouvelle-Écosse et le Canada – En Nouvelle-Écosse, un processus de consultation provincial a été élaboré dans le cadre d'un processus de négociation tripartite plus vaste concernant les droits ancestraux ou issus de traités. Bien que le processus de consultation prévu soit facultatif, les parties espèrent que le cadre de la consultation tripartite Mi'kmaq/Nouvelle-Écosse/Canada deviendra le choix premier des ministères et organismes gouvernementaux chaque fois que survient une obligation de consulter les Mi'kmaq en Nouvelle-Écosse.

Accord sur les mesures provisoires du processus de consultation des Algonquins de l'Ontario – En 2009, le Canada, l'Ontario et les Algonquins de l'Ontario sont parvenus à un accord sur la consultation qui établit des moyens pour que le Canada et l'Ontario consultent les Algonquins de l'Ontario et les dix collectivités algonquines qu'ils représentent au sujet des activités ou des projets proposés au sein des territoires revendiqués, pendant que les négociations en vue de conclure un accord de principe se poursuivent pour régler la revendication territoriale des Algonquins dans l'Est ontarien. Chez les Algonquins de l'Ontario, le nouveau Bureau de consultation algonquin (BCA) coordonnera le processus de consultation.

Protocoles de consultation avec la Première nation des Déné Tha' – En juillet 2007, dans le cadre d'un règlement à l'amiable visant à résoudre les préoccupations de la Première nation des Déné Tha' concernant le projet de gazoduc de la vallée du Mackenzie, deux protocoles de consultation ont été conclus par le Canada et la Première nation : un pour le projet de gazoduc et les installations de raccordement, et un autre (le protocole de consultation pour des autorisations fédérales) pour d'autres projets requérant des autorisations fédérales.

Déterminer s'il existe des exigences contractuelles de consultation par rapport aux activités du ministère ou de l'organisme, telles que des ententes de consultation ou des dispositions sur la consultation dans des accords sur les revendications territoriales globales.

Il incombe aux ministères et aux organismes d'élaborer des processus de consultation qui respectent les accords de consultation ou les obligations découlant des traités modernes. Il peut y avoir d'autres accords, comme des accords de mesures provisoires ou des conventions de notification, qui renforcent des éléments d'orientation indiquant comment les parties devraient être avisées des activités de l'État ou comment les parties peuvent collaborer pour régler des questions.

3) Déterminer quels sont les droits ancestraux ou issus de traités, établis ou potentiels, et les intérêts connexes

Les gestionnaires devraient connaître la nature de ces droits, et les lieux visés, dans leurs régions respectives pour pouvoir anticiper la façon dont ces droits pourraient subir les effets préjudiciables de la conduite de la Couronne. Une approche ministérielle devrait également prendre en compte la diversité des droits ancestraux ou issus de traités, établis ou potentiels, dans toutes les régions du Canada.

La relation du Canada et des groupes autochtones issue des traités est une considération importante lorsqu'il s'agit d'évaluer la conduite de la Couronne dans une région visée par un traité. Les ministères et les organismes devront aussi obtenir de l'information concernant les accords donnant lieu au droit à certaines terres dans le cadre de traités, les accords sur le règlement des revendications territoriales globales, les accords sur l'autonomie gouvernementale ou des négociations en cours dans une région donnée.

Un groupe autochtone peut également avoir des intérêts liés à ses droits ancestraux ou issus de traités, établis ou potentiels, susceptibles de subir les effets préjudiciables d'une conduite de la Couronne. La Couronne pourrait, pour des motifs liés aux politiques, tenir compte de ces intérêts connexes. Par suite d'un processus de consultation, la Couronne pourrait déterminer qu'elle n'a pas l'obligation de trouver des accommodements pour les groupes autochtones concernés, mais elle peut tout de même choisir, pour des motifs liés aux politiques, de tenir compte d'un intérêt connexe signalé par le groupe autochtone concerné dans le contexte de l'activité.

Par exemple :

- a) Un groupe autochtone pourrait avoir un droit de chasse établi et exprimer un intérêt connexe pour qu'une certaine aire de son territoire traditionnel qui pourrait subir les effets d'une activité soit déclarée aire de conservation de la faune afin de conserver une population viable d'espèces sauvages.

- b) La Couronne met en œuvre des mesures d'atténuation des effets préjudiciables sur un droit ancestral. Elle peut décider de régler en même temps une question liée à un intérêt connexe du groupe autochtone pour un financement affecté à son développement économique qui lui permettrait de participer au projet.
- c) Dans le cadre de négociations relatives à des revendications, un groupe autochtone exprime un intérêt connexe pour des terres fédérales dont l'aliénation est à l'étude. Après avoir évalué toute exigence de consultation, la Couronne peut aussi décider d'entamer un dialogue avec le groupe pour des motifs liés aux politiques.

4) Élaborer une approche de la consultation et de l'accommodement au sein d'un ministère ou d'un organisme

Les quatre étapes précédentes préparent le terrain pour l'élaboration au sein d'un ministère ou d'un organisme d'une approche de la consultation et de l'accommodement qui soit cohérente avec les Lignes directrices actualisées, et qui soit en même temps appropriée aux différents types d'activité du ministère ou de l'organisme. Cependant, compte tenu de l'éventail des activités menées par la plupart des ministères, une approche ministérielle peut avoir à inclure des éléments spécifiques de divers programmes et directions.

Le principe n° 4 énonce que les fonctionnaires devraient chercher à élaborer des processus de consultation qui vont au-delà d'une approche au cas par cas, pour tendre vers une approche d'ensemble qui appuiera leurs fonctionnaires dans les décisions propres à chaque projet. Il est plus efficace d'élaborer des processus de consultation qui peuvent être uniformément appliqués que de consulter au cas par cas. Il se peut que des pratiques de consultation soient déjà en place au sein d'une région, d'un ministère ou d'un organisme, et que ces pratiques offrent une fondation sur laquelle édifier des processus de consultation efficaces. La relation d'ensemble qui existe entre la Couronne et un groupe autochtone influence la manière dont les questions de consultation et d'accommodement sont traitées par

II ÉLABORER UNE APPROCHE DE LA CONSULTATION ET DE

L'ACCOMMODEMENT AU SEIN D'UN MINISTÈRE OU D'UN ORGANISME

Cette section décrit la manière dont les ministères et organismes doivent se préparer à la consultation et à l'accommodement et, en se fondant sur les Lignes directrices actualisées, développer une approche qui assiste la Couronne dans l'accomplissement de son obligation, tout en appuyant ses autres objectifs.

La création d'une approche compatible avec les Lignes directrices actualisées permet aux ministères et organismes d'intégrer la consultation des Autochtones à leurs activités et de garantir une cohérence dans le traitement des questions de consultation et d'accommodement (se reporter au principe directeur et à la directive n° 8). Une telle approche peut favoriser l'objectif global de réconciliation, souligné par la Cour suprême du Canada dans des arrêts tels que *Haida* et *Taku River*.

1) Déterminer la conduite de la Couronne compte tenu de l'obligation de consulter

La conduite de la Couronne fait référence aux activités propres de la Couronne, telles que l'aliénation de terres, la création de parcs, le développement d'infrastructures et la mise en œuvre de traités, ou aux activités de la Couronne, autorisations et permis pour des projets menés par un tiers. Se reporter au principe directeur et à la directive n° 1 pour des exemples d'actions du gouvernement susceptibles d'avoir des effets préjudiciables sur des droits ancestraux ou issus de traités, établis ou potentiels.

En se familiarisant avec leurs mandats et objectifs, et avec les activités qui en relèvent et qui sont susceptibles d'avoir des effets préjudiciables sur les droits de groupes autochtones, les ministères et organismes pourront :

- déterminer si certaines de leurs activités, politiques et programmes peuvent déclencher une obligation de consulter;

- appuyer les activités de consultation ou d'accommodement d'autres ministères ou organismes dont la conduite de la Couronne a déclenché une obligation de consulter. Cela pourrait s'appliquer même si leurs propres activités ne déclenchent pas une obligation de consultation.

Voir « Partie C – Phase 2 : Processus de consultation de la Couronne » pour obtenir une liste détaillée de questions à prendre en compte.

2) Évaluer les effets préjudiciables potentiels des activités du ministère ou de l'organisme

Tel que souligné dans le principe directeur et la directive n° 3, en évaluant d'avance quels pourraient être les effets préjudiciables de leurs activités, les ministères et les organismes peuvent déterminer comment éviter ou atténuer ces effets et quelles mesures pourraient être prises à cet égard par le gouvernement fédéral, les gouvernements provinciaux et territoriaux et/ou l'industrie.

Les responsables des ministères et des organismes devraient anticiper le genre de mesures d'accommodement qui pourraient être nécessaires pour tenir compte des sortes d'effets préjudiciables que leurs activités pourraient avoir sur les droits ancestraux ou issus de traités, établis ou potentiels, et les intérêts connexes. Cela aidera les gestionnaires et les fonctionnaires à se préparer aux processus de consultation lorsqu'un ministère ou un organisme définira à l'avance le rôle qu'il pourrait jouer de manière générale dans l'accommodement, et qu'il examinera le rôle des autres ministères et organismes du gouvernement fédéral ou d'autres gouvernements, le rôle du promoteur, les mesures que chacun peut prendre, les approbations qu'il peut être nécessaire d'obtenir, les autorisations requises, etc. Voir « Partie C – Phase 3 : Accommodement » pour plus d'information sur l'accommodement.

confiance et fiabilité. À cet égard, la Couronne peut s'attendre raisonnablement à ce que les groupes autochtones s'acquittent des tâches suivantes :

- ❖ exposer clairement et en temps opportun tout effet préjudiciable potentiel que pourrait avoir une activité de la Couronne ou d'un tiers sur la nature et la portée de leurs droits ancestraux ou issus de traités, établis ou potentiels, et les intérêts connexes;
- ❖ faire connaître leurs préoccupations à la Couronne et partager toute autre information pertinente susceptible d'aider à évaluer la solidité de leur revendication ou la gravité des effets sur leurs droits ancestraux ou issus de traités, établis ou potentiels, et sur les intérêts connexes;
- ❖ s'efforcer de résoudre toute question concernant d'autres groupes autochtones dont les revendications et les intérêts recouperaient les leurs;
- ❖ tenter de trouver une solution mutuellement satisfaisante à une situation donnée;

❖ tenir compte du fait qu'ils n'ont pas un droit de veto sur le projet proposé, qu'une consultation ne débouche pas nécessairement sur un accommodement et qu'il n'y a pas forcément d'accord au sujet des mesures d'accommodement qui semblent appropriées.

Tiers

Tous les secteurs de l'industrie désirent des échéanciers prévisibles, de la clarté au sujet des rôles respectifs des parties, de la certitude ainsi que des critères pour déterminer la pertinence des consultations et des mesures d'accommodement. Selon les représentants de l'industrie, des consultations gouvernementales engagées plus tôt aux niveaux fédéral, provincial et territorial contribueraient à la mise en place d'un processus transparent pour le promoteur, les collectivités autochtones et la Couronne.

Tôt dans le processus, la Couronne pourrait discuter avec les promoteurs de l'industrie de la possibilité de se fier à leur engagement auprès des groupes autochtones (et la mesure dans laquelle il pourrait s'y fier) dans le cadre du

processus officiel de consultation et d'accommodement. Avoir cette compréhension tôt dans les étapes de planification d'un projet pourrait aider à définir les rôles, responsabilités et attentes de chaque partie.

Les tiers, par exemple les promoteurs, n'ont pas d'obligation légale de consulter les groupes autochtones. La Couronne peut déléguer à un promoteur certains éléments d'une consultation, comme la collecte des informations concernant les incidences du projet proposé sur les droits ancestraux ou issus de traités, établis ou potentiels. La Couronne doit communiquer clairement aux promoteurs de l'industrie ce qui est attendu des tiers, des groupes autochtones et des divers intervenants. Le rôle que peut jouer un tiers en menant à bien des processus de consultation et d'accommodement devrait être intégré à tous les plans et efforts de consultation de la Couronne. Les renseignements recueillis au cours de ces processus peuvent, par exemple, être utilisés par le gouvernement du Canada et ses fonctionnaires dans le processus décisionnel.

La relation générale de l'industrie avec les groupes autochtones, y compris les pratiques d'affaires, peut contribuer aux efforts globaux de la Couronne en matière de consultation et d'accommodement. Les promoteurs de l'industrie sont souvent les mieux placés pour trouver des accommodements en cas d'effets préjudiciables sur des droits ancestraux ou issus de traités, établis ou potentiels, par exemple en modifiant la conception ou l'itinéraire d'un projet. Le Canada tentera de bénéficier des résultats d'un processus de consultation de tiers et de toutes les mesures d'accommodement prises par des tiers. Toutefois, la responsabilité en ce qui a trait à la consultation et à l'accommodement incombe en dernier ressort à la Couronne, car l'honneur de la Couronne ne peut être délégué.

Il existe des processus officiels concernant la participation de l'industrie à la consultation des Autochtones, comme dans le cas du développement pétrolier et gazier dans la région visée par le Traité n° 8, au nord-est de la Colombie-Britannique. La nouvelle législation sur les mines de l'Ontario comprend des mesures visant à garantir que les promoteurs abordent les questions de consultation.

Provinces et territoires

L'obligation de consulter de la Couronne s'applique aux gouvernements des provinces et des territoires. Certains ont institué leurs propres processus, politiques et lignes directrices pour les consultations de la Couronne relatives aux projets relevant de leur compétence. Les ministères et organismes doivent consulter les sites Web des provinces, territoires et collectivités afin d'obtenir plus d'informations sur les accords, protocoles, processus et politiques de consultation dans les provinces, territoires, régions et collectivités. Ils peuvent également communiquer avec le coordonnateur régional de la consultation d'AINC. Adressez les demandes de renseignements à l'Unité de la consultation et de l'accommodement, à l'adresse courriel suivante : CAU-UCA@ainc-inac.gc.ca

Selon le principe directeur et la directive n° 7, le Canada doit coordonner ses activités de consultation et d'accommodement avec celles de ses partenaires (p. ex. les groupes autochtones, les provinces et territoires et l'industrie). Lorsqu'il s'agit d'initiatives impliquant le gouvernement fédéral ainsi que des gouvernements provinciaux et territoriaux, les occasions de coordonner les efforts entre gouvernements doivent être exploitées au maximum, afin d'augmenter l'efficacité en minimisant le double emploi.

On encourage les ministères et organismes à établir des relations de travail et des processus à long terme plutôt que de travailler ensemble seulement à l'occasion ou au cas par cas. Lorsque le gouvernement fédéral et un gouvernement provincial ou territorial sont engagés dans une activité, ils devraient coordonner leurs efforts de consultation. Dans certains cas, avec leur accord, le Canada peut souhaiter s'appuyer sur les processus de consultation des provinces ou des territoires pour s'acquitter, en tout ou en partie, de son obligation de consulter. Les ministères et les organismes fédéraux doivent évaluer ces processus pour s'assurer qu'ils permettent une consultation véritable et de traiter des questions liées aux activités fédérales.

Groupes autochtones

Au nom du Canada, AINC entreprendra d'explorer avec ses partenaires provinciaux et territoriaux la possibilité d'élaborer des protocoles d'entente afin de réduire le double emploi, de travailler en collaboration, de partager les informations et d'améliorer la collaboration lors des consultations des Autochtones. Les ententes de consultation entre les provinces et territoires et les groupes de Premières nations, de Métis ou d'Inuits peuvent aussi aider à régler les questions liées à la consultation et à l'accommodement.

En 2007, les sous-ministres responsables des affaires autochtones au gouvernement fédéral et dans les gouvernements des provinces et des territoires se sont mis d'accord pour établir un processus permanent de partage des informations (et des priorités) pour la consultation et l'accommodement des Autochtones, entre leurs gouvernements respectifs. Le groupe de travail fédéral/provincial/territorial a accompli de réels progrès en ce qui concerne l'obligation de consulter. Les principaux domaines examinés comprennent : la capacité, l'obligation de consulter et les Métis, les études sur l'utilisation traditionnelle des terres en tant qu'outils pour guider les processus de consultation, la création de dépôts centraux d'informations, la coordination, les défis liés aux divers ordres de gouvernement et les approches pour traiter avec les municipalités.

Conformément aux décisions des tribunaux sur la consultation, le principe directeur et la directive n° 4 énoncent clairement que les groupes de Premières nations, de Métis et d'Inuits ont le devoir réciproque de participer à des processus raisonnables et aux efforts de la Couronne pour les consulter et trouver des accommodements. Il est dans l'intérêt de toutes les parties concernées d'élaborer des processus et des ententes efficaces, qui retiennent des intérêts partagés et contribuent à un processus de consultation qui apporte clarté, certitude,

Ministères et organismes fédéraux

Un processus de consultation efficace requiert une collaboration avec les groupes autochtones, ainsi que de la coordination et de la coopération au sein du gouvernement fédéral et avec d'autres gouvernements et intervenants, au besoin.

C'est la Couronne dans son ensemble qui doit remplir l'obligation de consulter et, s'il y a lieu, de trouver des accords-modements. À son tour, chaque ministère ou organisme fédéral doit appuyer les efforts de la Couronne pour remplir cette obligation. Pour ce faire, les ministères et organismes doivent évaluer les exigences de consultation qui se rapportent à leurs activités respectives et élaborer des approches pour la consultation et l'accommodement qui permettront à la Couronne dans son ensemble de remplir son obligation. Certains ministères et organismes peuvent avoir des processus ou des mandats déjà en place pour contribuer à satisfaire à cette obligation.

La coordination entre les ministères et organismes concernés est essentielle pour veiller à ce que la Couronne réponde et soit capable de traiter efficacement avec les groupes autochtones concernés. Des restrictions au mandat d'un ministère, d'un organisme ou d'une autre entité fédérale ne limiteront pas l'obligation de la Couronne dans les circonstances (se référer au principe directeur et à la directive n° 5).

Il est recommandé de désigner un ministère, un organisme ou un comité responsable au premier chef de superviser et de suivre tous les efforts de consultation et les questions soulevées par les groupes autochtones. Le responsable fera un suivi auprès des ministères et organismes concernés, de façon à s'assurer qu'ils prennent les mesures appropriées dans le cadre des processus de consultation menés relativement à des activités du gouvernement fédéral. Le responsable principal agira aussi en tant que point de contact pour les groupes autochtones, les représentants de l'industrie et les divers intervenants.

Comme il est mentionné au principe directeur et à la directive n° 6, dans ses efforts pour s'assurer que ses obligations envers les groupes autochtones sont remplies, le Canada utilisera, si nécessaire, les mécanismes, les processus et l'expertise existants en matière de consultation, tels que les processus d'évaluation environnementale et d'approbation réglementaires, sur lesquels il pourra s'appuyer pour collecter des informations et traiter des questions soulevées par les groupes autochtones.

Les organismes, offices, commissions et tribunaux, y compris l'Office national de l'énergie (ONE) et la Commission canadienne de sûreté nucléaire (CCSN), ont un rôle à jouer en vue d'aider la Couronne à s'acquitter, en tout ou en partie, de son obligation de consulter. Le rôle que jouera un office, une commission ou un tribunal donné est déterminé par le mandat que lui confère la loi ou son mandat. Plus particulièrement, la capacité de tenir compte des questions de droit et celle de régler les questions liées à la consultation devrait éclairer le rôle de ces offices, tribunaux et commissions dans les processus de consultation de la Couronne.

Les ministères ayant la responsabilité de gérer des biens immobiliers, et notamment d'en disposer, doivent avoir connaissance des intérêts autochtones sur les terres de la Couronne qu'ils sont chargés de gérer. La décision de disposer de terres de la Couronne est le plus souvent l'élément déclencheur de l'obligation de consulter lorsqu'il s'agit de biens immobiliers, mais il y a d'autres aspects de la gestion des terres, comme la limitation de l'accès ou la gestion des lieux de sépulture et de l'infrastructure qui peuvent avoir le même effet. On trouve des éléments d'orientation à ce sujet dans le *Guide de la gestion des biens immobiliers : le contexte autochtone*, à l'adresse Web suivante : <http://www.tbs-sct.gc.ca/rpm-gbi/doc/grpmac-gybica/grpmac-gybica-fra.aspx>

PARTIE B

**Se préparer à la consultation
et à l'accommodement**

PRINCIPE DIRECTEUR N° 7

Le gouvernement du Canada doit coordonner les activités de consultation et d'accommodement avec ses partenaires (p. ex. les groupes autochtones, les provinces, les territoires et l'industrie). Comme la Couronne ne peut pas déléguer son obligation, le gouvernement du Canada aura recours au besoin à des processus de consultation et à des mesures d'accommodement réalisées par ses partenaires, pour l'aider à honorer ses engagements et ses responsabilités.

Directive sur la consultation

Le gouvernement du Canada et ses fonctionnaires peuvent s'appuyer sur leurs partenaires, tels que les groupes autochtones, l'industrie, les provinces et territoires, pour mener à bien les éléments procéduraux d'un processus de consultation (p. ex. les séances d'information ou les consultations des Autochtones, les mesures d'atténuation et autres formes d'accommodement, etc.). Les renseignements recueillis au cours de ces processus peuvent être utilisés par le gouvernement du Canada et ses fonctionnaires dans l'accomplissement des obligations de consultation.

PRINCIPE DIRECTEUR N° 8

Le gouvernement du Canada doit conduire ses activités et les processus de consultation connexes conformément à ses engagements vis-à-vis des groupes autochtones et aux processus les concernant. Le gouvernement du Canada recherchera des occasions de développer et d'entretenir un dialogue véritable avec les groupes autochtones pour construire des relations avec ses partenaires.

Directive sur la consultation

Le gouvernement du Canada doit, dans les processus de consultation qu'il conduit, agir conformément à ses engagements et aux processus préexistants (p. ex. traités, droits fonciers découlant des traités, arrangements et ententes de consultation). Les fonctionnaires fédéraux doivent s'informer et avoir connaissance de l'approche en matière de politiques et des engagements juridiques du Canada envers les groupes autochtones, et de la manière dont ces engagements et processus peuvent s'harmoniser aux processus de consultation du ministère ou de l'organisme. Les fonctionnaires fédéraux doivent également chercher à développer des relations positives à long terme avec les groupes autochtones. Ces relations positives et le dialogue qui en découle aideront le gouvernement fédéral à aller de l'avant dans ses activités futures.

PRINCIPE DIRECTEUR N° 5

Le gouvernement du Canada reconnaît que la consultation des Autochtones est une responsabilité de la Couronne qui découle des activités du gouvernement. Le gouvernement du Canada déterminera quel ministère ou organisme sera le principal responsable du processus de consultation mené dans le cadre des activités du gouvernement. S'il s'avérait qu'un processus de consultation outrepassse le mandat d'un ministère ou d'un organisme, des mécanismes seraient en place afin de traiter les questions supplémentaires soulevées dans un processus de consultation.

Directive sur la consultation

Afin de gérer la consultation et l'accommodement des Autochtones, le gouvernement du Canada facilitera une coopération efficace et efficiente entre les ministères et organismes fédéraux et au sein de ceux-ci, grâce à des structures de gouvernance composées de cadres supérieurs, qui désigneront un responsable principal pour les processus de consultation dont la direction n'est pas claire. Lorsque des activités de consultation et d'accommodement outrepassent le mandat défini pour un ministère ou un organisme, des protocoles d'entente et d'autres processus seront élaborés afin de coordonner d'autres ministères ou organismes, ainsi que des opérations dont la fonction et l'expertise peuvent appuyer un processus de consultation efficace.

PRINCIPE DIRECTEUR N° 6

Au besoin, le gouvernement du Canada aura recours aux mécanismes, aux processus et à l'expertise existants en matière de consultation, tels que les processus d'évaluation environnementale et d'approbation réglementaires auxquels doit s'intégrer la consultation des Autochtones, pour coordonner la prise de décision et évaluer si des activités de consultation supplémentaires pourraient s'avérer nécessaires.

Directive sur la consultation

Dans le processus d'examen réglementaire pour les grands projets de ressources naturelles, une approche pangouvernementale sera adoptée pour la consultation des Autochtones. La consultation sera intégrée aux processus d'évaluation environnementale et d'approbation réglementaires. Afin de prêter assistance dans cette approche, chaque projet majeur se verra assigner un coordonnateur des consultations de la Couronne, qui élaborera et utilisera un plan de consultation pour intégrer les activités de tous les ministères tout au long des processus d'évaluation environnementale et réglementaire. Le comité et les protocoles d'entente interministériels aideront à faire la clarté sur ces questions. Le gouvernement du Canada peut s'appuyer, lorsque c'est possible, sur des mécanismes, des processus et une expertise existant déjà en matière de consultation (p. ex. des consultations des gouvernements provinciaux ou territoriaux, ou de l'industrie) pour simplifier la prise de décision, et il déterminera si des activités de consultation supplémentaires sont nécessaires.

le fait que :

- ❖ des questions qui se présentent au cours de la consultation peuvent dépasser le mandat du processus existant, auquel cas il peut s'avérer nécessaire de mener des activités de consultation supplémentaires;
- ❖ le processus existant doit permettre une consultation véritable et efficace;
- ❖ la consultation doit être menée tout au long du cycle de vie d'un projet ou d'une activité, par conséquent, les fonctionnaires doivent s'assurer que tout processus existant est approprié pour toutes les étapes de l'activité.

PRINCIPE DIRECTEUR N° 3

Des consultations engagées tôt aideront le gouvernement du Canada dans ses efforts pour déterminer les préoccupations des Autochtones et y répondre, pour éviter ou minimiser tout effet préjudiciable susceptible de découler d'une activité fédérale sur les droits ancestraux ou issus de traités, établis ou potentiels, et pour évaluer et mettre en œuvre des mécanismes pour tenir compte des intérêts connexes des Autochtones, au besoin.

Directive sur la consultation

Les fonctionnaires fédéraux responsables doivent être capables de démontrer dans les processus décisionnels que les préoccupations des Autochtones ont bien été prises en compte et intégrées à la planification des activités fédérales proposées. Par conséquent, il est crucial de mener des discussions tôt dans le processus avec les groupes autochtones susceptibles de subir les effets préjudiciables d'une activité du gouvernement fédéral. Il se peut que plusieurs groupes autochtones subissent les effets d'une activité proposée, en ce cas ils devraient tous faire partie du processus de consultation.

PRINCIPE DIRECTEUR N° 4

La consultation et l'accommodement doivent se dérouler de manière à atteindre un équilibre entre les intérêts des Autochtones et d'autres intérêts de la société, des relations et des résultats positifs pour tous les partenaires. Un processus de consultation véritable doit être :

- ❖ *effectuée en temps opportun, efficace et adaptée;*
- ❖ *transparent et prévisible;*
- ❖ *accessible, raisonnable, souple et équitable;*

- ❖ *fondé sur les principes de la bonne foi, du respect et de la responsabilité mutuelle;*

- ❖ *respectueux du caractère unique des collectivités des Premières nations, des Métis et des Inuits; et*
- ❖ *comprendre des accommodements (p. ex. des modifications dans les échéanciers ou les paramètres du projet), s'il y a lieu.*

Directive sur la consultation

Le gouvernement du Canada et ses fonctionnaires doivent mener à bien un processus de consultation équitable et raisonnable. Un processus de consultation véritable se caractérise par la bonne foi et un effort des parties pour comprendre mutuellement leurs préoccupations et agir afin de les prendre en compte. Les fonctionnaires fédéraux peuvent commencer un processus de consultation en appliquant les présentes directives de concert avec les outils, politiques ou lignes directrices élaborés par leur ministère ou organisme. Au cours d'un processus de consultation, les fonctionnaires fédéraux doivent déployer des efforts raisonnables pour veiller à ce que les groupes autochtones aient l'occasion d'exprimer leurs intérêts et leurs préoccupations, et pour s'assurer que leurs revendications sont examinées sérieusement et, lorsque c'est possible, clairement prises en compte dans une activité proposée. Les groupes autochtones ont la responsabilité réciproque de participer au processus de consultation.

Le gouvernement du Canada mènera ses activités de consultation de manière efficace et en temps opportun; à cet effet, au besoin, il élaborera un plan de consultation et fournira les informations pertinentes aux groupes autochtones, pour documenter et étayer les processus de prise de décision. Les fonctionnaires fédéraux doivent s'efforcer de mettre en place des processus qui vont au-delà d'une approche de la consultation au cas par cas, pour tendre vers une approche de la consultation qui facilite l'intégration des perspectives autochtones et la prise de décision en temps opportun, qui intègre les processus réglementaires et les renforce, et qui favorise les retombées économiques bénéfiques pour tous les Canadiens.

Les fonctionnaires des ministères et des organismes fédéraux peuvent recueillir des informations sur les revendications de droits ancestraux ou de droits issus de traités dans la région visée par l'activité, en accédant aux ressources suivantes, à toutes les étapes du processus de consultation et d'accommodement :

- ❖ les fonctionnaires au sein de votre ministère ou organisme;
- ❖ le Service d'information sur la consultation, qui comprend le Système d'information sur les droits ancestraux et les droits issus des traités à Affaires indiennes et du Nord Canada – ce service offre un point d'accès unique à des renseignements supplémentaires sur les droits ancestraux ou issus de traités que détient AINIC. Parmi les renseignements fournis, on compte : les coordonnées des groupes autochtones et de leurs dirigeants, des informations sur les ententes multipartites, les traités historiques, les ententes sur des revendications territoriales globales, les ententes sur l'autonomie gouvernementale, les ententes sur les droits fonciers découlant des traités, les revendications globales et particulières, et d'autres revendications;
- ❖ les groupes autochtones qui se trouvent dans la région de votre activité, avec lesquels votre ministère ou organisme est en relation;
- ❖ le Service d'information sur la consultation d'AINIC, le Secteur des traités et du gouvernement autochtone et le ministère de la Justice, qui peuvent apporter leur appui en évaluant de manière plus approfondie les situations complexes, les recoupements de revendications relatives aux terres ou aux ressources, les titres, etc.;
- ❖ d'autres ministères et organismes du gouvernement, les provinces, les territoires et l'industrie, avec lesquels votre ministère ou organisme est en relation.

PRINCIPE DIRECTEUR N° 2

Le gouvernement du Canada doit évaluer de quelle manière les activités fédérales proposées pourraient avoir des effets préjudiciables sur les droits ancestraux ou issus de traités, établis ou potentiels, et les intérêts connexes des groupes autochtones. Dans le cadre de cette évaluation, le gouvernement du Canada doit déterminer à quel moment il convient d'intégrer la consultation aux opérations, et veiller à ce que les consultations commencent dès le début des processus de planification, de conception ou de décision.

Directive sur la consultation

Les ministères et les organismes doivent évaluer leurs activités, politiques et programmes susceptibles d'avoir des effets préjudiciables sur des droits ancestraux ou issus de traités, établis ou potentiels, et sur des intérêts connexes. Sur la base de cet examen, les fonctionnaires fédéraux s'assureront que les activités de consultation appropriées avec les groupes autochtones sont menées à bien. Les principaux ministères engagés dans des consultations avec les Autochtones doivent mettre en place une approche de la consultation répondant aux besoins du ministère ou de l'organisme concerné, et correspondant à ses réalités opérationnelles. Cette approche devrait s'édifier à partir des éléments d'orientation énoncés dans les Lignes directrices actualisées.

VI PRINCIPES DIRECTEURS ET DIRECTIVES SUR LA CONSULTATION

Dans le cadre de ses efforts permanents en vue d'améliorer son approche de la consultation et de l'accommodement des Autochtones, le gouvernement fédéral a approuvé les principes directeurs et les directives sur la consultation suivants, qui guideront les fonctionnaires fédéraux dans leurs travaux entourant l'obligation de consulter et, le cas échéant, de trouver des accommodements.

Le gouvernement du Canada consulte les Premières nations, les Métis et les Inuits pour de nombreuses raisons, notamment pour satisfaire : à des obligations découlant de lois ou de contrats; à des politiques ou des principes de bonne gouvernance; et à des obligations découlant de la common law. La Cour suprême du Canada a affirmé dans un certain nombre de décisions importantes, notamment l'arrêt *Haïda* et l'arrêt *Taku River* en 2004, ainsi que l'arrêt *Première nation crie Mikisew* en 2005, que la Couronne a une obligation de consulter lorsque trois éléments sont réunis :

- ❖ Une conduite envisagée par la Couronne;
- ❖ Des effets préjudiciables potentiels;
- ❖ Des droits ancestraux ou issus de traités, reconnus et confirmés en vertu de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

PRINCIPE DIRECTEUR N° 1

Dans l'exercice de ses activités, le gouvernement du Canada doit respecter les droits ancestraux ou issus de traités, établis ou potentiels, des Premières nations, des Métis et des Inuits en consultant les groupes autochtones dont les droits et les intérêts connexes pourraient subir des effets préjudiciables du fait de l'activité proposée par le gouvernement du Canada.

Directive sur la consultation

En menant des consultations avec les groupes autochtones, le gouvernement du Canada s'efforce de déterminer les effets préjudiciables potentiels des activités fédérales sur les droits ancestraux ou issus de traités, établis ou potentiels, et les intérêts connexes, et de trouver des moyens d'éviter ou de minimiser ces effets préjudiciables. Si des informations sont ou deviennent disponibles pendant la planification ou la mise en œuvre de l'activité proposée au sujet d'effets préjudiciables potentiels sur des droits établis ou potentiels exercés par un groupe autochtone dans la région d'une activité, les fonctionnaires fédéraux doivent entreprendre les consultations appropriées.

Les actions du gouvernement qui pourraient avoir des effets préjudiciables sur des droits ancestraux ou issus de traités peuvent comporter, par exemple, des décisions relatives à un pipeline qui pourraient affecter les espèces sauvages dans leur mouvement, leur reproduction ou leur accessibilité; des décisions concernant la pollution découlant de constructions ou d'utilisations qui pourraient affecter la flore ou la faune; des changements apportés à des règlements ou à des politiques susceptibles de limiter l'utilisation des terres; une gestion du cycle de vie de terres qui pourrait avoir des conséquences sur des obligations juridiques et des relations avec les groupes autochtones; ou des décisions concernant l'utilisation de ressources naturelles susceptibles de limiter l'approvisionnement des groupes autochtones et l'utilisation qu'ils font de ces ressources.

V LIGNES DIRECTRICES ACTUALISÉES SUR LA CONSULTATION

Les Lignes directrices provisoires ont été élaborées pour fournir aux ministères et aux organismes fédéraux une orientation lorsqu'ils évaluent les exigences liées aux consultations et, le cas échéant, à l'accommodement de groupes autochtones découlant de la common law, y compris la manière de se préparer à des consultations véritables.

Depuis la diffusion des Lignes directrices provisoires, en février 2008, on a beaucoup appris au sujet de la consultation et de l'accommodement, et les Lignes directrices actualisées tiennent compte de ces enseignements. L'évolution de la jurisprudence et les dialogues engagés avec les organisations et les collectivités autochtones, avec les provinces et les territoires, ainsi qu'avec les représentants de l'industrie, sont des facteurs qui ont contribué aux modifications apportées aux lignes directrices. Les discussions et le partage des informations au cours des séances de formation qui se sont déroulées avec des fonctionnaires fédéraux dans tout le pays ont également contribué à ces changements.

Cette nouvelle version actualisée fournit un guide de la consultation et de l'accommodement étape par étape plus détaillé. Elle souligne également l'importance pour les ministères et les organismes de se préparer à l'avance pour s'acquitter efficacement de leurs responsabilités en matière de consultation et d'accommodement en élaborant une approche harmonisée à l'échelle du ministère ou de l'organisme plutôt que de simplement traiter les dossiers de consultation au cas par cas.

L'évolution de la jurisprudence et l'élaboration des politiques fédérales, combinées aux « leçons tirées de l'expérience » et aux pratiques exemplaires, tant au sein du gouvernement fédéral qu'à l'extérieur, continueront d'influer sur le contenu

des Lignes directrices, dont l'évolution se poursuivra donc au fil du temps. Dans le cadre de ce processus, les ministères et les organismes doivent continuer à évaluer leurs méthodes actuelles de consultation et d'accommodement des groupes autochtones afin de s'assurer qu'elles sont compatibles avec les présentes Lignes directrices et avec les derniers développements sur le plan juridique et en matière de politiques.

Dans bien des cas, les ministères et les organismes fédéraux ont élaboré des politiques ou des lignes directrices partielles pour appuyer leurs fonctionnaires dans les dossiers de consultation. La mise en œuvre des présentes Lignes directrices est un pas vers une plus grande harmonisation des pratiques et des approches fédérales.

Les présentes Lignes directrices ont pour but de fournir une approche de la consultation et de l'accommodement qui :

- ❖ reconnaît et respecte les relations uniques de la Couronne avec les Autochtones;
- ❖ favorise la conciliation des intérêts des Autochtones et d'autres intérêts de la société;
- ❖ intègre la consultation aux activités quotidiennes du gouvernement, p. ex. les processus environnementaux et réglementaires;
- ❖ concilie le besoin pour une cohérence dans l'exécution de l'obligation de consulter de la Couronne avec la souplesse, la responsabilité et l'obligation de rendre compte voulues des ministères et organismes, pour déterminer la meilleure façon de remplir cette obligation;
- ❖ favorise de meilleures relations entre le gouvernement fédéral et les Autochtones, les provinces et territoires, l'industrie et le public.

2. Contexte juridique

Outre l'obligation de consulter découlant de la common law, il y a plusieurs autres motifs juridiques qui peuvent obliger la Couronne à consulter les groupes autochtones, y compris des exigences particulières de consulter énoncées dans des lois et règlements ainsi que des dispositions d'accords sur le règlement de revendications territoriales, d'accords d'autonomie gouvernementale et d'ententes sur la consultation.

Il est important de déterminer la source juridique d'une obligation éventuelle de consulter car ceci influencera et définira ce qui doit être fait dans un contexte particulier, notamment les interactions entre ces autres obligations juridiques de consulter les groupes autochtones et l'obligation de consulter découlant de la common law. Les ministères et les organismes doivent travailler avec leurs avocats pour déterminer quelles considérations juridiques sont pertinentes compte tenu de leurs activités.

3. Contexte international

Le 12 novembre 2010, le Canada a publié un Énoncé d'appui à la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones (la Déclaration), un document d'aspirations, et ce, dans le respect intégral de la Constitution et des lois canadiennes. La Déclaration décrit certains principes comme l'égalité, le partenariat, la bonne foi et le respect mutuel. Le Canada appuie vivement ces principes et croit qu'ils correspondent à l'approche adoptée par le gouvernement dans le cadre de son travail avec les Autochtones.

Cependant, le Canada a des préoccupations au sujet de certains des principes de la Déclaration et a exprimé officiellement ses inquiétudes relativement au consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause lorsqu'interprété comme un droit de veto. Tel qu'affirmé dans l'Énoncé du Canada, la Déclaration n'est pas juridiquement contraignante et ne modifie pas les lois canadiennes. Par conséquent, la Déclaration ne modifie aucunement l'obligation légale de consulter. On peut consulter l'Énoncé d'appui du Canada, et d'autres documents, à : <http://www.ainc-inac.gc.ca/index-fra.asp>

1. Contexte historique et géographique

Partout au pays, l'application de méthodes communes dans les consultations et, s'il y a lieu, les mesures d'accommodement, doit être conciliée avec l'existence de droits ancestraux ou issus de traités, établis ou potentiels, dont l'étendue et le contenu varient. Ces droits diffèrent selon la présence historique des groupes autochtones et notamment en fonction de la relation historique entre certaines collectivités autochtones et entre les collectivités autochtones et la Couronne, dans différentes régions du pays. À titre d'exemple, les collectivités autochtones peuvent être signataires de traités historiques, d'accords sur le règlement de revendications territoriales globales et sur l'autonomie gouvernementale, ou elles peuvent revendiquer différentes sortes de droits ancestraux et des territoires qui se chevauchent.

Les questions abordées dans la consultation sont particulières au lieu et à la nature de l'activité. Il faut adapter les procédures et les approches de consultation de manière à tenir compte des différentes sortes de droits et d'obligations de la Couronne qui sont en jeu. La situation varie grandement d'une région du pays à l'autre.

Par exemple, en Colombie-Britannique et au Québec, les traités sont peu nombreux, mais il y a de nombreuses revendications de droits et de titres ancestraux qui se recoupent, en comparaison avec les Traités de paix et d'amitié dans les Maritimes ou les traités historiques en Ontario et dans les provinces des Prairies. Ce paysage est différent de celui des territoires, du nord de la Colombie-Britannique ou de la baie James, où des traités modernes ont été conclus, dont certains contiennent des dispositions particulières sur la consultation.

La consultation des collectivités des Premières nations et des collectivités métisses et inuites s'inscrit dans le contexte général de la relation évolutive entre les peuples autochtones et la Couronne.

Les approches de la consultation adoptées par les ministères et les organismes fédéraux devaient autant que possible intégrer le respect des exigences de consultation aux objectifs des politiques ministérielles ou organisationnelles et aux objectifs globaux des politiques gouvernementales. À titre d'exemple, lorsqu'il s'efforce d'atteindre des objectifs de réconciliation, le Canada poursuit ses efforts en vue d'améliorer sa relation avec les peuples autochtones. C'est notamment le cas des excuses historiques présentées en 2008 aux anciens élèves des pensionnats, de la Commission de témoignage et de réconciliation du Canada établie par la suite et des excuses présentées récemment au sujet de la réinstallation de familles inuites dans l'Extrême-Arctique. Ces mesures importantes misent sur le progrès accompli par la négociation d'accords sur le règlement de revendications territoriales et l'autonomie gouvernementale et sur des approches du développement économique, de l'éducation, de la santé et d'autres dossiers fondées sur les partenariats.

L'élaboration d'une approche fédérale de la consultation et de l'accommodement ne saurait se contenter d'une démarche stéréotypée. Parmi les collectivités et les organisations autochtones, des différences historiques, géographiques, démographiques, de gouvernance, de relations et d'autres circonstances, sont toutes pertinentes lorsque l'on considère la manière d'aborder une éventuelle obligation de consulter. Ainsi, il est essentiel de comprendre le contexte historique, géographique et juridique dans lequel s'inscrivent les activités de la Couronne. Des contextes différents peuvent appeler des approches différentes dans l'accomplissement de l'obligation de consulter et, le cas échéant, de trouver des accommodements.

III RÉPONSE DU GOUVERNEMENT

En général, les tribunaux ont laissé au gouvernement le soin de veiller à l'exécution détaillée des processus visant à respecter l'obligation de consulter. Avoir conscience de l'obligation de consulter et examiner quand et comment elle pourrait s'appliquer doit devenir un élément de la gestion gouvernementale quotidienne. Il existe de nombreuses méthodes de consultation qui sont actuellement employées par les ministères et les organismes fédéraux d'un bout à l'autre du pays pour mieux respecter l'obligation de consulter et, le cas échéant, pour trouver des accommodements. C'est le cas, par exemple, des consultations menées auprès de groupes autochtones dans le contexte d'évaluations environnementales et de processus de réglementation ainsi que des activités de consultation distinctes liées à des projets particuliers et des processus convenus énoncés dans les traités.

Depuis 2004, le gouvernement fédéral s'emploie à nouer un dialogue avec des collectivités et des organisations de Premières nations, d'Inuits et de Métis, ainsi qu'avec des représentants des provinces, des territoires et de l'industrie, en vue d'aborder les principales questions relatives aux consultations et aux accommodements. Les discussions ont porté sur l'étendue de l'obligation de consulter, ce que constitue une consultation véritable, la capacité de participer au processus de consultation, la coordination par la Couronne, les lignes directrices et les protocoles concernant la consultation, les accommodements, et la conciliation de l'obligation de consulter qui est en constante évolution avec d'autres obligations légales de consulter découlant par exemple de dispositions législatives et d'exigences contenues dans des accords sur le règlement de revendications territoriales globales ou des ententes sur l'autonomie gouvernementale.

Un plan d'action sur la consultation et l'accommodement a été annoncé en novembre 2007, sous la gouverne d'Affaires indiennes et du Nord Canada (AINC) et de Justice Canada. L'Unité de la consultation et de l'accommodement a été créée au début de 2008 à AINC pour mettre en œuvre le plan d'action du Canada sur la consultation et l'accommodement. Des Lignes directrices provisoires ont été publiées en février 2008 et une formation correspondante a été fournie à plus de 1 700 fonctionnaires fédéraux dans tout le pays. AINC a créé le Service d'information sur la consultation ainsi qu'un système d'information sur le lieu et la nature des droits ancestraux ou issus de traités, établis ou potentiels, afin de fournir des informations de base aux fonctionnaires fédéraux. De plus, les coordonnateurs régionaux de la consultation d'AINC assurent une liaison entre les ministères fédéraux, les gouvernements provinciaux ou territoriaux et les organisations et collectivités autochtones afin de faciliter les relations sur les dossiers clés de consultation et de veiller au respect des intérêts du Canada. Des principes directeurs et des directives ont été élaborés afin de mieux orienter les fonctionnaires fédéraux dans l'exécution de l'obligation de consulter, et ils sont inclus aux Lignes directrices actualisées. Des initiatives ont également été entreprises pour mieux intégrer la consultation des groupes autochtones aux évaluations environnementales et aux processus réglementaires, y compris dans le cadre de grands projets de ressources naturelles et d'infrastructure. Ces éléments de l'approche du Canada en matière de consultation et d'accommodement sont en développement et d'autres éléments continueront d'être élaborés avec le temps, pour permettre à la Couronne de s'acquitter de son obligation d'une manière plus uniforme, plus cohérente et plus efficace dans l'ensemble du gouvernement fédéral.

II OBLIGATION DE CONSULTER DÉCOULANT DE LA COMMON LAW

L'obligation de consulter découlant de la common law est fondée sur l'interprétation judiciaire des obligations de la Couronne (gouvernements fédéral, provinciaux et territoriaux) dans le contexte des droits ancestraux ou issus de traités, établis ou potentiels, des peuples autochtones du Canada, reconnus et confirmés à l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Cette obligation ne peut pas être déléguée à des tiers.

L'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* prévoit ce qui suit :

(1) Les droits existants – ancestraux ou issus de traités – des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés.

(2) Dans la présente loi, « peuples autochtones du Canada » s'entend notamment des Indiens, des Inuit et des Métis du Canada.

(3) Il est entendu que sont compris parmi les droits issus de traités, dont il est fait mention au paragraphe (1), les droits existants issus d'accords sur des revendications territoriales ou ceux susceptibles d'être ainsi acquis.

(4) Indépendamment de toute autre disposition de la présente loi, les droits – ancestraux ou issus de traités – visés au paragraphe (1) sont garantis également aux personnes des deux sexes.

Dans les arrêts *Haida* et *Taku River* de 2004 et l'arrêt *Première nation criée Mikisew* de 2005, la Cour suprême du Canada (CSC) a statué que la Couronne a une obligation de consultation et, le cas échéant, d'accommodement, lorsqu'elle envisage une conduite susceptible d'avoir des effets préjudiciables sur des droits ancestraux ou issus de traités, établis ou potentiels. Cette obligation a été appliquée à différentes mesures envisagées par la Couronne relativement à divers droits ancestraux ou issus de traités, établis ou potentiels.

Au fur et à mesure que les processus de consultation et d'accommodement sont élaborés et mis en œuvre, la Couronne sera guidée par les principes qui ont émergé de la jurisprudence et des pratiques gouvernementales en matière de consultation. Les principes directeurs et les directives de consultation énoncés plus loin soulignent comment ces principes clés peuvent être appliqués dans la planification et la conception d'activités gouvernementales (voir Partie A, Section VI des Lignes directrices actualisées).

La réalisation de ces deux objectifs. La consultation et l'accommodement jouent un rôle essentiel dans Autochtones et d'autres intérêts de la société. La consultation entre la Couronne et les peuples autochtones, et 2) la conciliation par la Couronne des intérêts des Autochtones et d'autres intérêts de la société. La consultation et l'accommodement jouent un rôle essentiel dans la réalisation de ces deux objectifs.

L'obligation de consulter et, le cas échéant, de trouver des accommodements fait partie d'un processus de négociation et de conciliation équitable qui débute avec l'affirmation de souveraineté par la Couronne et se poursuit au-delà du règlement officiel des revendications, jusqu'à l'application et la mise en œuvre des traités. Les efforts déployés par la Couronne pour consulter et, le cas échéant, trouver des accommodements pour les groupes autochtones dont les droits ancestraux ou issus de traités, établis ou potentiels, pourraient subir des effets préjudiciables, doivent être compatibles avec l'objectif global de conciliation.

Dans ces décisions, la CSC a établi que cette obligation découle de l'honneur de la Couronne et de la relation spéciale qui existe entre la Couronne et les peuples autochtones. La Cour a expliqué qu'elle observera la manière dont la Couronne gère ses relations avec les groupes autochtones et comment elle se conduit lorsqu'elle prend des décisions susceptibles d'avoir des effets préjudiciables sur les droits reconnus et confirmés par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Dans ses décisions plus récentes *Rio Tinto* et *Little Salmon Carmacks*, la Cour a précisé que l'obligation de consulter est une obligation constitutionnelle, qu'elle invoque l'honneur de la Couronne et qu'elle doit être respectée. Le contexte dictera ce qu'il faut faire pour respecter cette obligation et faire preuve d'honneur dans les transactions.

Le gouvernement du Canada consulte la population canadienne sur des questions qui ont de l'importance et qui présentent un intérêt pour elle. La consultation joue un rôle important dans une saine gestion, dans l'élaboration de politiques rationnelles et dans la prise de décisions éclairées. Par la consultation, la Couronne cherche à renforcer ses relations et ses partenariats avec les peuples autochtones et à atteindre ainsi des objectifs de réconciliation. Le gouvernement fédéral consulte les peuples autochtones non seulement pour atteindre les objectifs de ses politiques, mais aussi pour des motifs juridiques. Le Canada est tenu de consulter les groupes autochtones en vertu de ses obligations découlant de lois, de contrats et de la common law. Dans le processus conduisant à une décision de consulter, il faut tenir compte de tous ces facteurs et de leurs interactions.

Les Lignes directrices actualisées fournissent aux ministères et organismes fédéraux des conseils pratiques et des indications pour les aider à déterminer dans quelles circonstances il peut y avoir obligation de consulter et

Ces lignes directrices s'appuient sur la compréhension des paramètres juridiques de l'obligation de consulter du gouvernement du Canada et elles fournissent des conseils fondés sur les politiques gouvernementales pour aider les fonctionnaires à intégrer efficacement les consultations et, le cas échéant, les accommodements aux activités et aux processus du gouvernement fédéral.

Les Lignes directrices sont divisées en trois parties : Partie A – Vue d'ensemble; Partie B – Se préparer à la consultation et à l'accommodement; Partie C – Guide de consultation et d'accommodement étape par étape. La partie C comprend une liste détaillée de questions et de considérations pour aider les ministères et les organismes dans la gestion de leurs activités de consultation et d'accommodement.

comment s'acquitter de cette obligation, tel que l'a décrit la Cour suprême du Canada dans les arrêts *Taku River* et *Haïda* et l'arrêt *Première nation criée Mikisew* (voir l'annexe B, Résumés de causes judiciaires).

Motifs de bonne gouvernance et de politiques

- ❖ Prendre des décisions éclairées et appropriées
- ❖ Créer et améliorer les relations de travail avec toutes les parties concernées
- ❖ Tenir compte des nouveaux développements en matière d'activités et de politiques

Motifs juridiques

- ❖ Exigences découlant de la common law
- ❖ Exigences découlant de lois
- ❖ Exigences découlant d'accords et de contrats

PARTIE A

Vue d'ensemble

PARTIE C – GUIDE DE CONSULTATION ET D'ACCOMMODEMENT ÉTAPE PAR ÉTAPE

38	Introduction
39	Phase 1 : Analyse et planification préalables à la consultation
39	Étape 1 : Décrire et établir les grandes lignes de la conduite envisagée par la Couronne
39	Étape 2 : Déterminer les effets préjudiciables potentiels de la conduite de la Couronne
41	Étape 3 : Déterminer quels groupes autochtones se trouvent dans la région où la Couronne envisage une conduite et savoir quels sont leurs droits ancestraux ou issus de traités respectifs, établis ou potentiels, ainsi que les intérêts connexes
43	Étape 4 : Effectuer une première détermination quant à l'existence d'une obligation de consulter
44	Étape 5 : Évaluer la portée de l'obligation de consulter et, le cas échéant, de trouver des accommodements
47	Étape 6 : Concevoir la forme et la teneur du processus de consultation
54	Étape 7 : Veiller à ce qu'un système de gestion et de classement des dossiers soit en place
56	Phase 2 : Processus de consultation de la Couronne
56	Étape 1 : Mettre en œuvre le processus de consultation
56	Étape 2 : Documenter, cataloguer et archiver tous les comptes rendus des réunions de consultation de la Couronne et toute autre correspondance
57	Étape 3 : Élaborer et tenir à jour un tableau de suivi de la gestion des enjeux
57	Étape 4 : Ajuster le processus de consultation et d'accommodement au besoin
58	Phase 3 : Accommodement
59	Étape 1 : Assembler et analyser les informations à l'appui de l'accommodement
59	Étape 2 : Déterminer d'éventuelles mesures et options en matière d'accommodement
60	Étape 3 : Sélectionner des options appropriées en matière d'accommodement
60	Étape 4 : Communiquer et étayer les mesures d'accommodement choisies
62	Phase 4 : Mise en œuvre, surveillance et suivi
62	Étape 1 : Communiquer les décisions et en assurer la mise en œuvre
62	Étape 2 : Assurer la surveillance et le suivi
62	Étape 3 : Évaluer le processus de consultation
66	Annexe A : Définitions
69	Annexe B : Résumés de causes judiciaires

ANNEXES

TABLE DES MATIÈRES

PARTIE A – VUE D'ENSEMBLE

I	Introduction	6
II	Obligation de consulter découlant de la common law	7
III	Réponse du gouvernement	8
IV	Contexte dans l'ensemble du Canada	9
	1. Contexte historique et géographique	9
	2. Contexte juridique	10
	3. Contexte international	10
V	Lignes directrices actualisées sur la consultation	11
VI	Principes directeurs et directives sur la consultation	12

PARTIE B – SE PRÉPARER À LA CONSULTATION ET À L'ACCOMMODEMENT

I	Rôles et responsabilités	18
	❖ Ministères et organismes fédéraux	18
	❖ Provinces et territoires	19
	❖ Groupes autochtones	19
	❖ Tiers	20
II	Elaborer une approche de la consultation et de l'accommodement au sein d'un ministère ou d'un organisme	21
	1) Déterminer la conduite de la Couronne compte tenu de l'obligation de consulter	21
	2) Évaluer les effets préjudiciables potentiels des activités du ministère ou de l'organisme	21
	3) Déterminer quels sont les droits ancestraux ou issus de traités, établis ou potentiels, et les intérêts connexes	22
	4) Elaborer une approche de la consultation et de l'accommodement au sein d'un ministère ou d'un organisme	22
	5) Coordonner l'approche avec les partenaires et/ou se fier à d'autres processus de consultation	25
III	Préparer votre ministère ou organisme à la consultation et à l'accommodement	31
	1) Généralités	31
	2) Organisation, finances et ressources humaines	31
	3) Formation	32
	4) Participation d'un avocat du ministère de la Justice au processus de consultation et d'accommodement	33

SOMMAIRE EXÉCUTIF

Dans les arrêts *Haïda et Taku River* de 2004 et l'arrêt *Première nation crie Mikisew* de 2005, la Cour suprême du Canada a statué que la Couronne a une obligation de consultation et, le cas échéant, d'accommodement, lorsqu'elle envisage une conduite susceptible d'avoir des effets préjudiciables sur des droits ancestraux ou issus de traités, établis ou potentiels. La cour a établi que cette obligation découle de l'honneur de la Couronne et de la relation spéciale qui existe entre la Couronne et les peuples autochtones.

Pour démontrer l'engagement du Canada à traiter des questions de consultation et d'accommodement des Autochtones, un Plan d'action fédéral a été annoncé en novembre 2007. L'Unité de la consultation et de l'accommodement a été créée au sein du Ministère des Affaires indiennes et du Nord Canada en 2008 pour mettre en œuvre le Plan d'action. Quelques-unes des réalisations du Plan d'action ont été la diffusion des lignes directrices provisoires en février 2008, la formation fournie à plus de 1,700 fonctionnaires à travers le pays, le dialogue tenu avec les collectivités et organisations autochtones, les provinces, les territoires et le secteur privé et l'élaboration d'outils pour répondre aux besoins des fonctionnaires en matière de consultation et d'accommodement.

Dans des décisions plus récentes, la Cour a précisé que : 'l'obligation de consulter est un devoir constitutionnel; s'applique dans le contexte des traités modernes; les fonctionnaires doivent d'abord examiner les dispositions des traités; et si les dispositions sur la consultation prévues dans les traités ne s'appliquent pas à l'activité proposée, il existe une obligation « parallèle » de consulter. La Cour a aussi précisé que : les entités telles que les commissions et les tribunaux administratifs, selon leur mandat, pourraient avoir un rôle à jouer pour remplir l'obligation de consulter;

des décisions stratégiques de niveau supérieur pourraient déclencher l'obligation de consulter; et que l'obligation s'applique aux activités actuelles et futures et non pas aux infractions passées.

Les lignes directrices provisoires ont été mises à jour avec la collaboration des ministères et organismes fédéraux. Ce document reflète l'évolution de la jurisprudence et le dialogue engagé avec les organisations et collectivités autochtones, les provinces et territoires, ainsi que l'industrie. Un élément essentiel des lignes directrices actualisées sont les principes directeurs et les directives sur la consultation qui donnent une orientation plus claire sur la responsabilité des ministères et organismes, à l'échelle du gouvernement, de remplir l'obligation de consulter. Ces lignes directrices insistent sur le besoin accru de leadership stratégique, de coordination et de collaboration, d'imputabilité fédérale, de renforcement des partenariats, ainsi que d'une orientation stratégique et pratique, de formation et de soutien. Ces éléments nouveaux et améliorés démontrent le progrès accompli par le gouvernement fédéral dans le traitement des enjeux de consultation et d'accommodement.

Chaque ministère est responsable de l'intégration des principes directeurs et des directives dans ses activités quotidiennes. Les lignes directrices actualisées mentionnent aussi le Service d'information sur la consultation et le Système d'information sur les droits ancestraux et issus de traités ainsi que d'autres outils élaborés pour aider les fonctionnaires à déterminer l'ampleur et la nature des consultations.

De plus amples informations sont disponibles sur le site web de l'Unité de la consultation et de l'accommodement des Affaires indiennes et du Nord Canada : <http://www.ainc-inac.ca/ai/arp/cnl/ca/index-tra.asp>

Consultation et accommodement des Autochtones

Lignes directrices actualisées à l'intention
des fonctionnaires fédéraux pour respecter
l'obligation de consulter



Le contenu de cette publication ou de ce produit peut être reproduit en tout ou en partie, et par quelque moyen que ce soit, sous réserve que la reproduction soit effectuée uniquement à des fins personnelles ou publiques mais non commerciales, sans frais ni autre permission, à moins d'avis contraire.

On demande seulement :

- De faire preuve de diligence raisonnable en assurant l'exactitude du matériel reproduit;
- D'indiquer le titre complet du matériel reproduit et l'organisation qui en est l'auteur;
- D'indiquer que la reproduction est une copie d'un document officiel publié par le gouvernement du Canada et que la reproduction n'a pas été faite en association avec le gouvernement du Canada ni avec l'appui de celui-ci.

La reproduction et la distribution à des fins commerciales est interdite, sauf avec la permission écrite de l'administrateur des droits d'auteur de la Couronne du gouvernement du Canada, Travaux publics et Services gouvernementaux (TPSGC). Pour de plus amples renseignements, veuillez communiquer avec TPSGC au : 613-996-6886 ou à :

droitdauteur.copyright@tpsgc-pwgsc.gc.ca

www.a-inc-inac.gc.ca
1 800 567-9604

ATS seulement 1 866 553-0554

QS-7105-001-BB-A1

N° de catalogue R3-111/2011
ISBN 978-1-100-52510-5



Consultation et accommodement des Autochtones

Lignes directrices actualisées à l'intention
des fonctionnaires fédéraux pour respecter
l'obligation de consulter

Mars 2011